

HISTORIA CONSTITUCIONAL Y DESAFÍOS A LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Helga M. Lell (ed.)



Actas del I Workshop Internacional

HISTORIA CONSTITUCIONAL Y DESAFÍOS A LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Helga María Lell (ed.)

Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas

Universidad Nacional de La Pampa

6 y 7 de noviembre de 2014

Santa Rosa, La Pampa



Lell, Helga María

Historia constitucional y desafíos a las instituciones jurídicas. - 1a ed. - Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, 2015.

E-Book.

ISBN 978-950-863-231-9

1. Ciencias Jurídicas. I. Título

CDD 340

Fecha de catalogación: 20/03/2015

Portada: La imagen de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853 se encuentra tomada del repositorio digital del Museo del Bicentenario. El ejemplar físico es exhibido en la muestra permanente de dicha institución.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Rector: Sergio Aldo Baudino

Vice-rector: Hugo Alfredo Alfonso

EdUNLPam

Presidente: Ana María T. Rodríguez

Director de Editorial: Rodolfo Rodríguez

Consejo Editor de EdUNLPam

Ramiro A. Rodríguez

María Esther Folco

María Silvia Di Liscia

Santiago Audisio

Celia Rabotnikof

Edith Alvarellos

Paula Laguarda

Rubén Pizarro

Mónica Boeris

Griselda Cistac

ÍNDICE

Introducción	10
--------------------	----

Historia Constitucional Nacional y Provincial

La Constitución de la provincia Eva Perón de 1952. Su comparación con la Constitución nacional de 1949 y la Constitución de la provincia de La Pampa de 1960.....	18
---	----

Por Edith Esther Alvarelllos

Los bombardeos del 16 de junio de 1955 como Crimen de Lesa Humanidad.....	33
---	----

Por Jorge Luis Ferrari

Teoría Constitucional

<i>Checklist</i> : diez puntos de control de constitucionalidad.....	58
--	----

Por Gustavo Arballo

Democracia deliberativa y constitucionalismo democrático	83
--	----

Por Nicolás Emanuel Olivares

La Historia y la Economía Constitucional frente al Constitucionalismo popular	100
---	-----

Por Adrián Ravier

Ciudadanía y desafíos a las Instituciones Jurídicas

La ciudadanía restringida en los antiguos territorios nacionales	146
--	-----

Por Luis Emilio Pravato

Discurso jurídico y construcción de la ciudadanía. Perspectivas desde la democracia y el voto extranjero	170
--	-----

Por Helga María Lell

Las figuras del “extranjero” y del “inmigrante”	197
---	-----

Por Juliana Weigel

El extranjero, paradigma del otro. Reflexiones desde una mirada de la Psicología Institucional	217
--	-----

Por María Eugenia Velázquez

Constitución e instituciones ambientales

El Agua en la Constitución Nacional y Constitución de La Pampa	233
--	-----

Por Pamela Loperena

Instituciones del Derecho Internacional Público

Había una vez... una Convención Internacional sobre los Derechos del Niño	244
---	-----

Por Natalia Monge

Instituciones del Derecho Privado

La protección de la vivienda ante un nuevo concepto de familia en Argentina.....	258
--	-----

Por Pamela de la Iglesia y Diego Mayordomo

Género e instituciones jurídicas

Género, acceso a la justicia y derechos humanos de las mujeres.....	275
---	-----

Por Daniela Zaikoski

Los derechos de las mujeres en la agenda pública: de la normativa a la operatividad en el ámbito provincial.....	328
--	-----

Por Claudia Machado y Anabel Surín

Instituciones jurídicas pampeanas

Poder Judicial de la provincia La Pampa: cambios y su relación con la sociedad civil 356

Por Helga María Lell y Edith Alvarelllos

Historia, ideología e institución: en busca de ideologemas en el discurso del 25° aniversario del Poder Judicial de La Pampa..... 388

Por Lidia Raquel Miranda y Jorge Luis Ferrari

Estudio de los tribunales de Familia y el Menor en la I y II circunscripción judicial de La Pampa 407

Por Marcela Dosio

Análisis sobre el Tribunal Electoral de la Provincia de La Pampa: organización, funciones y competencias..... 423

Por Cecilia Peppino

INTRODUCCIÓN

Esp. Helga María Lell

Esta obra es el resultado de una serie de estudios que ha llevado a cabo un conjunto de investigadores de distintas universidades de la Argentina y, en particular, de la Universidad Nacional de La Pampa. Los diferentes escritos que se pueden encontrar aquí son el resultado de las exposiciones y debates que se han realizado en el marco del I Workshop Internacional “Historia Constitucional y desafíos a las instituciones jurídicas”, realizado en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam), los días 6 y 7 de noviembre de 2014. Si bien aquí no se encuentran publicadas la totalidad de las ponencias por motivos de distinta índole, sí se puede sostener que la variedad temática y de perspectivas que aporta cada trabajo constituye un valioso aporte representativo de los sustantivos intercambios que han desarrollado los académicos participantes del evento antedicho.

Cabe destacar que la organización del Workshop ha sido apoyada por la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa, por la Cátedra de Historia Constitucional de dicha unidad académica, por el equipo de investigación del PICTO UNLPam 2011-0201 y por el equipo de investigación del proyecto “Génesis y transformación del Poder Judicial de La Pampa: reconstrucción histórica a través de un relevamiento documental y testimonial” (FCEyJ, UNLPam).

Los pormenores de la realización han estado a cargo de un comité organizador integrado por la Mgr. Edith Esther Alvarellos (FCEyJ, UNLPam), la Abog. Ivana Cajigal Cánepa (FCEyJ, UNLPam), el Mgr. Jorge Luis Ferrari (FCEyJ, UNLPam), la Abog. Andrea Diharce (FCEyJ, UNLPam), la Mgr. Silvia Vermeulén (FCEyJ, UNLPam) y por la suscripta. Han sido los esfuerzos de este equipo los que han hecho posible la concreción de este exitoso evento.

Asimismo, el Comité Académico se ha compuesto de docentes e investigadores de otras universidades tanto argentinas como del extranjero. Sus miembros fueron la Dra. María de las Nieves Cenicacelaya (UNLP - UNNOBA), el Dr. Michael Paroussis (Universidad de Patras), el Dr. Thomas da Rosa Bustamante (Universidade Federal de Minas Gerais), el Mgr. Ernesto Löffler (UCES-Tierra del Fuego), el Mgr. Jesús Alvarado Andrade (Universidad Nacional de Venezuela), el Mgr. Stalin Raza Castañeda (Universidad Central del Ecuador) y el Mgr. Devin Frank (Birbeck, University of London). Cabe agradecer a todos ellos su participación y colaboración ya que han jerarquizado notoriamente el encuentro.

El workshop contó con una amplia participación activa de docentes, investigadores, graduados y estudiantes de la Universidad Nacional de La Pampa y de otros ámbitos, en calidad tanto de ponentes como de asistentes. La cantidad de propuestas han superado las expectativas iniciales. La calidad de cada trabajo y la apertura y disposición de los expositores al diálogo, intercambio y debate ha sido fundamental para el transcurso de las dos intensas jornadas. Las exposiciones han estado a cargo del Dr. Fernando Barrio (UNRN), el Dr. Adrián O. Ravier (FCEyJ, UNLPam), el Dr. David Sánchez Rubio (Universidad de Sevilla, España), el Mgr. Stalin Raza Castañeda (Universidad Central del Ecuador, ex cónsul de Ecuador en la Argentina), el Dr. Alejandro Médici (FCEyJ, UNLPam y FCJyS, UNLP), la Dra. Ana Paula Penchaszadeh (Conicet, UBA, UNLa), la Dra. María Angélica Diez (UNRN y CESoC, FuPaC), el Mgr. Gustavo Arballo (FCEyJ, UNLPam), el Mgr. Luis Emilio Pravato (UNComa y UNRN), la Prof. Daniela Escobar (FCEyJ, UNLPam), el Abog. Adrián Federico Ambroggio (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue), el Abog. Rodrigo Torroba (FCEyJ, UNLPam), la Abog. Pamela Loperena (FCEyJ, UNLPam), la Abog. Claudia Machado (FCEyJ, UNLPam), la Abog. Anabel Surin (FCEyJ, UNLPam), el Abog. Nicolás Emanuel Olivares (Conicet, CIJS, UNC), la Abog. María Lorena Guiaquinta (CIJS, UNC), la Dra. Carmen Susana Cantera (Instituto de Historia Americana, FCH, UNLPam), la Dra. Raquel Miranda (Conicet/FCH,

UNLPam), el Mgr. Jorge Ferrari (FCEyJ, UNLPam), la Mgr. Edith Alvarellos (FCEyJ, UNLPam), la CPN Yamila Magiorano (FCEyJ, UNLPam), la Esp. Helga Lell (Conicet/ FCEyJ, UNLPam), la Lic. María Eugenia Velázquez (UBA), Soledad Herrera (UNRN), Silvina Herrera (UNRN), la Abog. María Juliana Weigel (Facultad de Derecho, UBA), la Abog. Pamela de la Iglesia, el Escr. Diego Mayordomo (FCEyJ, UNLPam), la Abog. Guadalupe Ramallo (FCEyJ, UNLPam y UNTREF), la Abog. Guadalupe Martín Dasso (FCEyJ, UNLPam), la Abog. Cecilia Peppino (FCEyJ, UNLPam), la Abog. Marcela Dosio (FCEyJ, UNLPam), Cristian Much (FCEyJ, UNLPam), Aldana Prost (FCEyJ, UNLPam), Antonela Marchisio (FCEyJ, UNLPam) y María Antonela Viceconte (FCEyJ, UNLPam).

Por otro lado, también en el marco del evento se presentó el libro “Hacia una democracia de masas. Aproximaciones histórico-sociológicas a la reforma constitucional de 1949” de la autoría de Santiago Regolo, editado por el Instituto Nacional de Investigaciones Históricas de Eva Perón en el año 2012. Esta presentación fue efectuada en presencia del autor y estuvo a cargo de la Prof. Norma Durango, Vicegobernadora de la provincia de La Pampa.

Cabe destacar que el evento tuvo un cierre de privilegio puesto que, en honor a las reformas constitucionales, tanto provincial como nacional, se ha realizado una charla con tres de los convencionales constituyentes nacionales que se desempeñaron como tales durante la reforma de la Carta Magna llevada a cabo en 1994. Estos constituyentes fueron Zelmira Regazzoli, Antonio Berhongaray y Rubén Hugo Marín. De esta manera, el Workshop ha sido uno de los pocos eventos del país que ha contado con un encuentro e intercambio con los protagonistas de los procesos de modificación de la más alta norma del ordenamiento jurídico argentino.

Por supuesto, desarrollar un evento de esta magnitud requiere de apoyo financiero. En tal sentido, es dable agradecer con las instituciones que han colaborado con la organización. Entre ellos, cabe destacar a la Facultad

de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam, al Programa de Mecenazgo del Banco Santander Río (con convenio con la UNLPam), a la Cámara de Diputados de la provincia de La Pampa y a la Secretaría de Derechos Humanos del gobierno de la provincia de La Pampa.

Por último, es necesario reconocer las labores de quienes han sido evaluadores externos de los diferentes trabajos que componen esta obra. Si bien aquí no se incluyen sus nombres a fin de preservar la garantía de anonimato, vale señalar que han contribuido notoriamente a jerarquizar este libro.

¿Por qué realizar un Workshop en torno a la Historia Constitucional? La temática central del evento surgió a partir de una confluencia de intereses. Por un lado, se encontraban las investigaciones de los distintos equipos de investigación que apoyaron la organización, por el otro, había una fuerte necesidad de contar con un espacio de encuentro e intercambio entre los investigadores locales. Cuando se gestó la idea de planificar un Workshop en torno a los debates históricos y constitucionales, inmediatamente surgió una cuestión no menor: la conmemoración del vigésimo aniversario de las reformas constitucionales de la República Argentina y de la Provincia de La Pampa. De esta manera, el aniversario comentado se manifestó como un acontecimiento propicio para generar la reflexión acerca de los procesos históricos y actuales del constitucionalismo y los constantes desafíos que se presentan desde y a las instituciones jurídicas.

El objetivo general del encuentro consistió en exponer las principales características de los procesos de constitucionalización en los planos provincial, nacional, e internacional con especial acento en el regional latinoamericano como un acto académico y científico pero también, a la vez, conmemorativo de las últimas reformas constitucionales nacional y provincial.

Si se observa la pluralidad de tópicos que componen este libro, se puede notar el enfoque multidisciplinar con el que se concibe la Historia Constitucional. Consideramos que es fundamental conocer la diacronía de las instituciones como productos culturales complejos para poder comprender el presente y el horizonte de protención jurídica. Así, puede verse que en este evento no solo han participado juristas e historiadores sino también politólogos, sociólogos, lingüistas, psicólogos y economistas, entre otros.

Este libro se compone de ocho secciones temáticas que giran en torno a grandes ejes articulados a partir de la Historia Constitucional y del interés por la indagación en la configuración de las instituciones jurídicas. Así, en primer lugar, se incluye un apartado destinado a dos trabajos que analizan los procesos de constitucionalización tanto provincial como nacional. Uno de los trabajos que allí se incorporan, focaliza en un estudio comparativo sobre la primera Constitución de la provincia Eva Perón respecto de la segunda Carta Magna de la provincia de La Pampa y de la Constitución Nacional de 1949. El segundo de los trabajos analiza los bombardeos acaecidos en 1955 a la luz de la categoría de crímenes de lesa humanidad.

La segunda de las secciones gira en torno a la teoría constitucional y, por ello, incluye tres trabajos sobre control de constitucionalidad, democracia deliberativa, constitucionalismo democrático y economía constitucional.

En tercer lugar, la sección destinada a los estudios de la ciudadanía y los desafíos a las instituciones aborda dos grandes focos temáticos. El primero de ellos apunta a la ciudadanía restringida en los territorios nacionales en la República Argentina. Este tema, escasamente trabajado y relegado a un segundo plano en la teoría jurídica, resulta de fundamental importancia para reconocer la privación del derecho a la isegoría en tiempos de democracia a gran parte de la población nacional. Asimismo, su inclusión es de particular interés para los habitantes y juristas pampeanos puesto que la provincia de La Pampa es aun joven y en su historia cuenta con un largo

proceso de negación del derecho al sufragio a causa de su tardía provincialización. El segundo foco se centra en los procesos migratorios y en las representaciones existentes sobre los extranjeros y los inmigrantes. Los tres trabajos que se abocan a este último tópico lo hacen desde disciplinas diferentes: dos de ellos desde el Derecho y otro desde la Psicología Institucional.

Por otro lado, en una obra sobre desafíos a las instituciones jurídicas y constitucionales, no podía dejar de incluirse una sección sobre las regulaciones medioambientales. En este espacio, la Abog. Loperena comenta el régimen ambiental del agua tanto en la Constitución Nacional como en la Provincial. Dicho tema es relevante para la sociedad pampeana considerando los constantes reclamos y problemáticas interprovinciales que ocurren en torno a los recursos hídricos.

En quinto término, se destina una sección a las instituciones del Derecho Internacional Público, en la cual la Abog. Natalia Monge realiza un análisis de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en cuya formación la República Argentina ha tenido una especial incidencia.

En cuanto al Derecho Privado, la sexta sección incluye un trabajo que aborda el nuevo concepto de familia en la Argentina y cómo se efectúa la protección de la vivienda en el ordenamiento jurídico nacional.

Asimismo, en el marco de los procesos actuales de visibilización de problemáticas sociales y de las necesidades imperiosas de respuestas por parte del Derecho, se encuentra una sección destinada a la perspectiva de género. Esta parte cuenta con dos artículos, uno que analiza el acceso a la justicia y la tutela de los derechos humanos de las mujeres y otro centrado en el contraste entre la normatividad y la operatividad de ciertos derechos.

Finalmente, se incluye una sección destinada a los estudios sobre la historia del Poder Judicial de la provincia de La Pampa, órgano cuya diacronía y modificaciones orgánicas no ha sido objeto, hasta el presente, de estudios académicos. En el marco de dicha vacancia, un grupo de investigadores comenta sus avances.

HISTORIA CONSTITUCIONAL NACIONAL Y PROVINCIAL



LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA EVA PERÓN DE 1952

SU COMPARACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1949 Y LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA DE 1960

Mgr. Edith E. Alvarellos

1. Introducción

1.1. Constitucionalismo: su evolución desde el siglo XVIII

El constitucionalismo, tal como se define en Historia Constitucional, surgió en la segunda mitad del siglo XVIII, como consecuencia de la fuerza que iba adquiriendo el sector económico, tanto comercial como industrial. Hasta entonces era un estamento social todavía relegado en las decisiones político-administrativas de los Estados nacionales.

Si bien existen antecedentes que ponen en evidencia las pujas de poder en cuanto a esta temática, es precisamente en este periodo, en que el discurso filosófico, justificativo de la necesidad de cambios, se plasma en dos revoluciones exitosas y sus inmediatas declaraciones.

Ellas son:

- la Independencia de los Estados Unidos de América en 1776 y su Declaración de la Independencia en la que se recrean los derechos individuales que ya se habían insinuado en la Revolución Inglesa de 1688, y
- la Revolución Francesa de 1789 que cuestionaba el antiguo régimen y la representación en los Estados Generales. En la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, aparece, además de los derechos

individuales, el principio de la división de poderes. Este recorte al poder del rey, tan caro a la burguesía movilizadora, se expresa en el artículo XVI de la Declaración: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

Desde entonces quedó fijado que los Estados que se organizaran mediante una constitución debían contar con una parte dogmática con derechos y garantías, y la organización del gobierno, con división de poderes.

1.2. Constitucionalismo en Argentina

En Argentina, desde la Revolución de 1810, todos los intentos de organización, aun cuando todavía no había ruptura con el dominio español, incluían esas condiciones.

Esto se repitió, luego de la Declaración de la Independencia en 1816, en los intentos fracasados de 1819 y 1826 y quedaron definitivamente incorporados con la Constitución Nacional de 1853, aprobada por las 13 provincias de la “Confederación Argentina”, aun con la ausencia de Buenos Aires, incorporada luego de la reforma de 1860.

1.3. Constitucionalismo en La Pampa

El espacio geográfico que ocupa la actual provincia de La Pampa, no estaba todavía incorporado a la jurisdicción nacional. Mucho más tarde, con la “Campana al Desierto” de 1879 y a la posterior delimitación por ley n° 1532 de 1884, se fijaron sus límites, como Gobernación Nacional; esto es, sin autonomía.

A pesar de que esta ley especificaba que las gobernaciones creadas, adquirirían su autonomía cuando llegaran a los 60.000 habitantes, hubo que esperar varias décadas para que ello se cumpliera, no sin reclamos e intentos en el Congreso de la Nación, siempre frustrados, hasta que —en 1951— por ley n° 14.037 se crearon las provincias de La Pampa y de Chaco, en los que habían sido los territorios nacionales con esos mismos nombres.

Para entonces, en el mundo occidental y en Argentina, se habían producido avances respecto de los derechos humanos. A los derechos individuales (o de primera generación¹) surgidos de las reivindicaciones burguesas del siglo XVIII, se sumaban los derechos sociales (o de segunda generación). Fue la realidad socio-económica y política la que impulsó estos cambios. Una nueva clase social, que se asumía como tal, la de los obreros o proletarios, también reclamaron espacios en las decisiones gubernamentales. Los primeros antecedentes se encuentran en la constitución de México en 1917 y en la de la República de Weimar (Alemania) en 1919.

En Argentina, los derechos sociales fueron incorporados por la reforma constitucional de 1949. De este modo, cuando La Pampa debía organizarse como Provincia autónoma, lo hizo en el marco de esta nueva constitución y, por lo tanto, los convencionales pampeanos incorporaron en el texto de la Constitución Provincial los principios fundamentales incluidos en el Capítulo III de la Primera Parte de la Constitución de 1949, referido profusamente a esos derechos.

Sin embargo, la larga experiencia adquirida por medio siglo de reclamos, se traduce en este texto, en el que se observa la impronta local. Un dato tal vez anecdótico pero que marca la idiosincrasia de la sociedad pampeana, es que entre los quince convencionales convocados, cinco eran mujeres, lo que da cuenta de la temprana participación del sector femenino en la cosa pública, y —por algún motivo al interior de la población pampeana— no se copió la posibilidad de reelección inmediata del Poder Ejecutivo; ni permitía que los sucedieran sus familiares hasta cuarto grado de consanguinidad. La elección se realizó bajo el sistema de

¹ La división de los derechos humanos en tres generaciones, fue inicialmente propuesta en 1979 por el jurista checo Karel Vasak en el Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia: 1º Generación: Derechos civiles y políticos; 2º Generación: Derechos económicos, sociales y culturales; 3º Generación: Derechos de solidaridad

Su división sigue las nociones centrales de las tres frases que fueron la divisa de la revolución francesa, Libertad, igualdad, fraternidad. Los capítulos de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea reflejan en parte este esquema.

circunscripciones uninominales de mayoría simple, y todos los convencionales elegidos provenían del Peronismo.

La Constitución de la Provincia Eva Perón, dictada en 1952, fue derogada, al igual que la Constitución nacional, por el Gobierno de Facto que sobrevino al golpe militar que derrocó al General Juan D. Perón en 1955. Esta derogación no significó la pérdida de autonomía de la Provincia, que recuperó el nombre de Provincia de La Pampa, con el que había sido creada por ley nacional. En 1960 se dictó una nueva constitución, que anuló parte de los aspectos aquí rescatados. En esta ocasión, en la elección de convencionales hubo proscripción del partido Peronista. La Constitución actualmente vigente es la que incorpora las modificaciones efectuadas por la reforma de 1994, que no son incluidas en este trabajo. Tanto el 1960 como en 1994 la elección se realizó aplicando el sistema D'Hondt.

Para apreciar la ratificación en los aspectos socio-económicos y diferencias en lo político-administrativo de la Constitución de la provincia Eva Perón con la Constitución nacional de 1949 (que es la norma más general y abstracta debajo de la cual se dicta el resto de la normativa), se analizan brevemente algunos tramos de ambas constituciones.

Asimismo, a los efectos de evaluar los cambios que se produjeron entre la Constitución de la Provincia Eva Perón de 1952 y la Constitución de la Provincia de La Pampa de 1960, cuya sanción es posterior a la reforma de la Constitución nacional acaecida en 1957, también se hace un recorrido comparativo por el articulado de ambas.

El presente solo pretende ser un estudio preliminar sobre estas normativas, por lo que está lejos de ser exhaustivo en un análisis comparativo.

2. De la Constitución Nacional de 1949 y la Constitución de la provincia Eva Perón de 1952

2.1. Preámbulo de ambas constituciones

El Preámbulo de la Constitución Provincial, si bien ratifica los contenidos del preámbulo de la nacional, acentúa el origen de la representación, al incluir el concepto “pueblo trabajador”

De la Constitución Nacional de 1949:

Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos pre-existentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y la cultura nacional, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino; ratificando la irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana, e invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia, ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina.

De la Constitución de la provincia Eva Perón de 1952:

Nos, los **representantes del pueblo trabajador** de la Provincia Eva Perón, reunidos en Convención Constituyente, invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia, con el propósito de organizar los poderes públicos, de hacer efectivos los derechos, declaraciones y garantías enunciados en la Constitución Nacional y de contribuir a la formación de la cultura general y al afianzamiento de una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana, sancionamos esta Constitución. [La negrita me pertenece]

2.2. Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura

El artículo 37° de la Constitución Nacional de 1949 contiene, con una extensa enumeración, los alcances de los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura, que la Constitución Provincial de 1952 ratifica en su artículo 19°:

La provincia reconoce e incorpora en toda su amplitud los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura que declara el Artículo 37 de la Constitución Nacional, y adoptará los medios legales necesarios para desarrollar la mayor acción, ya sea directa o indirectamente, a fin de asegurar la realización efectiva de estos derechos. [Transcribe los principios fundamentales del Capítulo III de la Primera Parte de la Constitución Nacional].

2.3. La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica

La Constitución nacional de 1949, dedica los artículos 38, 39 y 40 para explicar los alcances de esta temática. En el contenido de estos artículos se puede apreciar que se plantea como una política activa para fomentar con la intervención del Estado la economía nacional y el manejo de los recursos.

Artículo 38:

La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, está sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo e intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra

que cultiva. La expropiación por causa de utilidad pública o interés general debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. ...

Artículo 39:

El capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino.

Artículo 40:

La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.

Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la nación, con la correspondiente participación en su producto, que se convendrá con las provincias.

Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa cuando una ley nacional lo determine

La Constitución de la provincia Eva Perón de 1952, en sus artículos 26 y 27 vuelve a estar en armonía con la Constitución Nacional, pero la redacción aparece más escueta, reservándose al igual que el Estado nacional —a través de ley posterior— el Estado provincial la posibilidad de intervención en la economía en determinadas actividades; esto es “podrá intervenir y monopolizar”, y no la aseveración de intervención y monopolización.

Artículo 26:

La organización de la riqueza y su explotación tiene por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme con los principios de la justicia social. La provincia mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad en salvaguardia de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Fomentará el cooperativismo.

Artículo 27:

Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaren en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley provincial lo determine.

El precio por la expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión, y los excedentes sobre una ganancia razonable, que serán considerados también como reintegración del capital invertido.

2.4. De la forma y tiempo de la elección del Poder Ejecutivo

La mayor diferencia entre ambas constituciones tiene que ver con la función ejecutiva. Mientras la Constitución Nacional permite la renovación continua de Presidente y Vice-presidente, la Constitución Provincial pone límites muy estrictos para las funciones de Gobernador y de Vicegobernador.

Respecto de la duración en sus cargos del Presidente y Vicepresidente de la Nación, la Constitución nacional, en su artículo 82º, expresa brevemente que: “El presidente y el vicepresidente duran en sus cargos seis años, y pueden ser reelegidos”.

En cambio, la Constitución provincial en su artículo 57º abunda en más detalles:

El gobernador y vicegobernador durarán seis años en sus mandatos; cesan el mismo día en el cual expira ese período, sin que evento alguno pueda motivar su prórroga.

El gobernador y vicegobernador no podrán ser reelectos para el periodo siguiente al de su ejercicio. Tampoco podrá el gobernador ser elegido vicegobernador, ni éste gobernador.

No podrán ser electos para ninguno de estos cargos los parientes de los funcionarios salientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad.

3. De la Constitución de la provincia Eva Perón de 1952 y la Constitución de la provincia de La Pampa de 1960

La primera diferencia que hay que mencionar es la que se observa en el artículo 1º de cada una de ellas; esto es el cambio de nombre de provincia Eva Perón por provincia de La Pampa, que era su antigua denominación y que fuera recuperado en 1955.

3.1. Preámbulo de ambas constituciones

También hay diferencia en el preámbulo. Mientras que en la Constitución de 1952, alude a los “representantes del pueblo trabajador” (ver punto 2.1.), en la de 1960, sintéticamente refiere a “los representantes del pueblo de La Pampa”.

En cuanto a los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura que la Constitución de 1952 incorporaba en su artículo 19º, transcritos de la Constitución Nacional de 1949, no aparecen de igual manera en la de 1960. En el Capítulo I – Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías-, la nueva Constitución pampeana incluye 27 artículos, en los que se observan los derechos individuales, el derecho a la Educación, al trabajo en la Administración provincial y transparencia en los funcionarios electos que manejen fondos de la Provincia.

En cuanto al régimen económico, y social, la Constitución de 1952 solo le dedica dos artículos, 26º y 27º (ver punto 2.3.), la de 1960, se explyea 8 artículos, desde el 28º al 35º, pudiendo observarse que, a pesar de coincidir en la función social de la propiedad y la propiedad estatal de los servicios públicos, no aparecen los conceptos de “monopolio” para alguna actividad económica o la “expropiación de empresas concesionarias de servicios públicos”. Como en la primera, el acento está puesto en el desarrollo de la actividad primaria y las industrias madres y transformadores de la producción rural.

3.2. Del Poder Legislativo. De su naturaleza y duración

Los integrantes de la Cámara de Diputados —según el artículo 33º de la Constitución de 1952—, eran elegidos “por los ciudadanos de la provincia, dividida ésta en tantas circunscripciones como número de legisladores la compongan”. En cambio, el artículo 45º de la Constitución de 1960 expresa que el “Poder Legislativo será ejercido por una Cámara de Diputados elegidos directamente por el pueblo, en distrito único y en la

forma que la ley establezca”. Mientras por la de 1952, los diputados duraban 6 años en el cargo, y se renovaba por mitades cada tres años (artículo 35°); por la de 1960, era de cuatro años, para renovarse íntegramente el mismo día que el Poder Ejecutivo (artículo 47°). En ambos casos reelegibles, aunque en la de 1960, aclara “indefinidamente”

3.3. Del Poder Ejecutivo. De su naturaleza y duración

En cuanto a los cargos de Gobernador y vice, las diferencias más notorias están en el período de gobierno que era de seis años, sin posibilidad de reelección inmediata, según el artículo 57 de la Constitución Eva Perón, con el curioso adicional de que “no podrán ser electos para ninguno de estos cargos los parientes de los funcionarios salientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad”. La Constitución de 1960 establece un período de cuatro años, también sin reelección inmediata, pero no se repite aquel agregado de prohibición a los parentescos. Ese inédito agregado —a pesar de haber sido borrado en la normativa posterior-, ha sido respetado en el ejercicio del Poder Ejecutivo Provincial, desde la provincialización hasta nuestros días. No se ha dado ninguna sucesión, ni fórmulas compartidas con algún grado de parentesco entre sí.

Otra diferencia muy significativa entre ambas constituciones es la referida a la Capital de la Provincia. Mientras que para la primera, entre las funciones del Gobernador, se incluye que es “el jefe inmediato y local del municipio de la Capital y puede delegar estas funciones en la forma que determine la ley”. Ello se ratifica en el artículo 108° correspondiente al régimen municipal al hacer referencia a la administración de los intereses y servicios locales, “con excepción de la ciudad capital” y en el artículo 111 que especifica que en “la capital de la provincia podrá nombrarse intendente municipal por el Poder Ejecutivo”.

En la de 1960, la ciudad de Santa Rosa, capital de la Provincia (artículo 2°) tiene los mismos alcances de elección que el resto de las intendencias, según se aprecia en el artículo 110°: “...Todas las autoridades

municipales serán elegidas en forma directa y de conformidad a lo que establezca la ley, ...”, sin explicitar diferencias para la Capital.

3.4. Tribunal de Cuentas

El celo puesto en la reelección del Ejecutivo se extendía en la Constitución de 1952 se extiende al Tribunal de Cuentas que, según el artículo 80°, estaría “integrado por un presidente y cuatro vocales, que durarán 6 años, todos inamovibles, nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Representantes, pudiendo ser reelectos...”. Por el artículo 97° de la Constitución de 1960, el Tribunal de Cuentas “estará compuesto por un presidente, el que será abogado o contador público, y dos vocales, nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados. Serán inamovibles...”

3.5. De la institución del jurado

Una inclusión que debe haber significado todo un desafío para los convencionales de 1952 es la del artículo 96°, respecto del juicio por jurados. Hay que tener en cuenta que a nivel nacional, el Juicio por Jurado fue incluido ya en la Constitución de 1853 y aún no ha podido ser implementado. Mirado desde esta perspectiva resulta una redacción casi revolucionaria; sobre todo teniendo en cuenta que en la Provincia estaba todo por hacerse en lo que respecta a la organización de los poderes. La constitución de 1960 no lo incluyó.

Artículo 96

Dentro del año de la vigencia de la presente Constitución, serán juzgadas por jurados las causas criminales por los siguientes delitos: contra la vida, lesiones gravísimas, violación, corrupción y prostitución, contra la libertad, contra la seguridad pública y contra los poderes públicos y el orden constitucional provincial.

Los jurados decidirán si consideran o no penalmente responsable al imputado, quedando las calificaciones legales y la determinación y

adecuación de la pena a cargo del magistrado judicial que presida el jurado.

Toda persona detenida por autoridad competente tendrá derecho ser llevada ante el jurado dentro del año de su detención. Si vencido este plazo no lo hubiera sido, se ordenará la libertad bajo caución juratoria, sin perjuicio de su ulterior juzgamiento.

Para ser jurado se requerirán las siguientes condiciones: ser mayor de treinta años, poseer capacidad psicofísica suficiente, saber leer y escribir castellano, figurar como ciudadano hábil en el registro electoral y acreditar hábitos de trabajo para su afiliación a las entidades que se rigen por la ley nacional de asociaciones profesionales.

4. Conclusión

Este trabajo solo ha sido realizado con la intención de aportar algún conocimiento en la comunidad pampeana sobre la existencia de una normativa que tuvo una muy corta vigencia. En el mismo sentido, se hizo la comparación con la Constitución nacional de 1949, igualmente efímera por el golpe militar de 1955.

Poco conocidas y mucho menos debatidas, merecen recuperarse en la memoria colectiva:

—primero, porque forman parte de la historia institucional de la provincia y del país, que debe ser conocida en su totalidad para valorar lo realizado para llegar a la plenitud del ejercicio democrático, con que deseamos formar a las presentes y futuras generaciones, y

—segundo, porque a pesar de un clima de época en que imperaba la tendencia a permanecer indefinidamente en las funciones públicas electas, la constitución de la provincia Eva Perón, a contramano de su tiempo, pone una rigurosa periodicidad. El predominio absoluto del partido peronista en la representación en la Convención Constituyente, fruto de elecciones bajo el sistema de circunscripción uninominal, no fue motivo para que no se apreciara en ésta una voluntad que respondía en mucho a la idiosincrasia de sus representados, más allá de las diferencias políticas.

En cambio, se respetó la inclusión de los derechos sociales incluidos en la Constitución Nacional de 1949, a pesar de lo difícil que sería su aplicación en este ámbito. Tal vez pesó en ello el contexto internacional de posguerra, con la incorporación de esos derechos en el constitucionalismo de los países que salían de ese gran trauma. Es muy improbable la posibilidad de su total concreción en una provincia que recién se estaba organizando, con una población en descenso por la fuerte emigración en las dos décadas anteriores, provocada por las incertidumbres propias de la actividad agropecuaria y la ausencia de política nacionales que permitieran atemperarlas. Ello había llevado a la búsqueda de salvatajes al interior de la sociedad pampeana y fructificaban las cooperativas agrarias, que se sumaban a las más tempranas de servicios públicos. Los convencionales de 1952 lo valoraron y lo explicitaron en el artículo 26° de la Constitución Provincial.

En este breve recorrido comparativo entre la Constitución Nacional de 1949 con la Constitución de la provincia Eva Perón y de esta con la Constitución de la provincia de La Pampa de 1960, se puede apreciar que las normativas reflejan el clima y los factores de poder imperantes en el momento en que fueron dictadas.

Si bien la Reforma constitucional de 1949 fue derogada por el Gobierno de Facto, este no pudo negar la realidad y, aunque fuera en una Convención, cuya convocatoria no respondía a la legalidad, los derechos sociales fueron incorporados en el artículo 14bis y —por lo tanto— también tenidos en cuenta en la nueva constitución provincial, aunque no se repitió el detalle exhaustivo de la primera.

La Constitución de 1952, copiaba el modelo de Nación, al no darles a los habitantes de la capital pampeana, la posibilidad de elegir a sus autoridades. La Constitución de 1960 la incluye, adelantándose a la reforma nacional en cuanto a la autonomía de la Capital Federal, recién lograda en 1994. Este fue un avance cualitativo en la segunda instancia de institucionalización provincial.

Más allá de las similitudes y diferencias entre estas normativas, en La Pampa no se han realizado grandes críticas al contenido de la Constitución de 1960, pero sí en la forma en que ello se realizó, con la ausencia en la representación de una considerable parte del pueblo que participaba de la ideología del Peronismo, proscrito desde 1955. La reforma de 1994 cerró esa discusión, al permitir la participación de todas las fuerzas políticas en la elección de los convencionales.

5. Bibliografía

Constitución de la Provincia Eva Perón. Poder Legislativo de la provincia de La Pampa.

Constituciones de la Nación Argentina y de la Provincia de La Pampa (1982). Biblioteca Pampeada. Serie Folletos 28(72). Santa Rosa (LP)

Galletti, Alfredo (1987). *Historia Constitucional Argentina*. Platense SRL. La Plata.

Lorenzo, Celso R. (2005). *Historia Constitucional Argentina*. UNR Editora. Rosario

Regolo, Santiago (2012). *Hacia una democracia de masas. Aproximaciones histórico-sociológicas a la Reforma constitucional de 1949*. Instituto Nacional de Investigaciones Históricas Eva Perón. Buenos Aires.

LOS BOMBARDEOS DEL 16 DE JUNIO DE 1955 COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

Mgr. Jorge Luis Ferrari

1. Introducción general y planteo del problema

Desde la emergencia de Juan Domingo Perón en la vida pública argentina, la evolución política del país y las interpretaciones que se elaboraron sobre ella estuvieron motorizadas y determinadas por las diferencias, en cierta manera irreconciliables desde el inicio, entre sus partidarios y sus adversarios. Este dilema entre peronistas y antiperonistas definió los rasgos característicos del proceso histórico argentino. Así, las interpretaciones sobre el peronismo se concentraron en tratar de explicar lo que tenía este fenómeno novedoso, los cambios que generó en los comportamientos de los actores políticos y los códigos o las maneras que describían las relaciones entre el Estado y los diversos sectores sociales.¹

Para explicar el enfrentamiento entre el peronismo/antiperonismo, y para entender la violencia que lo caracterizó en algunos períodos, es necesario indagar en el cómo y en el porqué de la conformación de los sectores antiperonistas y en las maneras de comportamiento que asumieron frente al peronismo en el poder. La extensa bibliografía que existe sobre el peronismo contrasta con la escasa y reciente bibliografía sobre aquellos sectores políticos.²

¹ Para ver las diferentes interpretaciones y las líneas de investigación realizadas sobre el peronismo desde 1955 puede consultarse Plotkin (1991), Macor y Tcach (2003) y Aelo (2010).

² Entre los estudios que se ocupan del antiperonismo pueden citarse Sigal (2002); Svampa (1994), García Sebastiani (2006), García Sebastiani (2005), Nallim (2006) y Fiorucci (2001) entre otros.

Durante muchos años, las lecturas que se hicieron del peronismo, especialmente aquellas realizadas desde el antiperonismo, lo asociaron con el nazi-fascismo. Estos estudios condicionaron los análisis posteriores y los argumentos utilizados por la opinión pública para dar cuenta de la polarización de la sociedad argentina y de las rispideces del proceso histórico argentino a partir de 1945.³

Observando desde la actualidad, como establece Fiorucci (2001), se puede determinar que el antiperonismo intelectual era una realidad, tanto como posición ideológica como institucional, anterior al peronismo como entidad política. Esta categoría (el antiperonismo) es una derivación directa de las luchas antifascistas que se dieron en el país en la década de 1930. En esos años, el debate intelectual y político se ‘internacionalizó’, y la realidad nacional comenzó a ser leída en clave internacional, específicamente a través de la lente de los acontecimientos europeos. El vocabulario, las argumentaciones, las imágenes apocalípticas eran un reflejo de lo que ocurría en Europa. Así, la ‘guerra ideológica’ desatada en los años previos a la emergencia del peronismo era solo una réplica de los sucesos y debates europeos.⁴ Cuando Perón se transformó, primero, en el hombre fuerte del régimen de facto del gobierno de Farrell, y luego en presidente de la nación, a través de elecciones irreprochables, la intelectualidad argentina, la oposición política y social vieron en él la confirmación de una profecía que se anunciaba desde la década anterior, y depositaron en su figura todas las caracterizaciones que se habían hecho de los líderes fascistas europeos, como una especie de Mussolini o Hitler local. Condicionados por sus estructuras de pensamiento, no pudieron leer, y por lo tanto no supieron entender, todos los cambios que presentaba la realidad argentina de 1945. Enceguecidos por su militancia antifascista previa, no pudieron percibir la emergencia del peronismo. Luego de una década de prédica antifascista, estos sectores

³ El lugar que ocupó el peronismo en los debates de las ideas en Argentina puede verse en Sarlo (2001) y en Spinelli (2003).

⁴ Para ver la conformación de un espacio intelectual y político antifascista en Argentina, y la posterior mutación de ese antifascismo en antiperonismo, consultar Fiorucci (2001), García Sebastiani (2005), Nallim (2006).

intelectuales, sociales y políticos, cuando emergió el peronismo, simplemente hicieron un ejercicio de reemplazo, vaciaron de contenido histórico las categorías antifascistas utilizadas en sus luchas contra el fascismo y las llenaron con el nuevo movimiento de masas liderado por Perón. El antifascismo se convirtió en antiperonismo, y los defensores de la libertad y de la democracia, como se autodenominaban, combatieron a Perón y a sus partidarios con una voluntad de cruzados, con una lógica bélica, donde solo era posible la eliminación del enemigo. Esta percepción del otro como una anomalía que debe ser eliminada⁵, adquirió su forma más acabada y violenta hacia mediados de la década de 1950 con los bombardeos del 16 de junio de 1955 a Plaza de Mayo, con la política de ‘desperonización’ implementada por el gobierno de la ‘Revolución Libertadora’ y con los fusilamientos de junio de 1956.

Las múltiples lecturas antiperonistas, en particular todas aquellas que emparentaban al peronismo con el fascismo, le atribuyeron, como rasgo distintivo de un régimen con pretensiones totalitarias, que limitaba o eliminaba los espacios para la expresión de la oposición. No pudieron, no quisieron o no supieron ver los aspectos republicanos de los gobiernos de Perón. Durante esos años funcionó plenamente el Congreso y el Poder Judicial; regularmente se convocaron elecciones nacionales, provinciales y municipales respetando un calendario electoral, elecciones libres en las que participaron todos los partidos políticos y en las que Perón fue elegido presidente por dos veces. Tampoco fue el peronismo un régimen de partido único; en todo el período, la oposición política nunca tuvo menos del 30 % de la representación electoral y se mantuvo como alternativa de poder. Además, debe considerarse que los aspectos que definieron las relaciones entre el gobierno y la oposición, sobre todo aquellos que señalaban las posibilidades de maniobra de la oposición, tuvo rasgos diferentes en 1946/1948, en 1949/1951 y en 1952/1955 (García Sebastiani, 2005).

⁵ Un análisis detallado de cómo funcionó en los debates intelectuales y en las pujas políticas, a lo largo del proceso histórico argentino, esta lógica dicotómica de ‘civilización y barbarie’ puede verse en Svampa (1994).

Es necesario señalar, además, que son las estructuras institucionales las que condicionan los lugares y las maneras en las que desarrollan sus actividades los actores. Son dos los elementos que permiten explicar las posibilidades de acción de una oposición en un sistema político republicano: a) la manera en la que están asignados los recursos políticos en la división de poderes; b) las normativas electorales que regulan las formas de representación y de funcionamiento de los partidos políticos. En un sistema presidencialista como el argentino, el esquema constitucional le otorga al poder ejecutivo mayores recursos institucionales que a los demás poderes de la República. Este hecho marca las posibilidades de relación entre oficialismo y oposición, pues, al otorgar al ejecutivo atribuciones y normativas legislativas propias, tiende a debilitar las capacidades de iniciativa y de control del Congreso, aunque esto no signifique de ninguna manera que el Congreso se limite a ser solo un espacio de ratificación de las decisiones del poder ejecutivo o una especie de corsé legal que impide la confrontación política institucionalmente establecida.

Por último, debe puntualizarse que para analizar la dinámica de un sistema de poder y sus posibilidades de continuidad o ruptura hay que estudiar la composición política/ideológica de la oposición y su actuación en relación a un sistema político. Juan Linz (1978) propuso clasificar a la oposición política de un régimen democrático en función de su grado de lealtad al sistema, en tres tipos: a) leal, que apela a los medios considerados lícitos para acceder al poder; b) semileal; y c) desleal; las dos últimas se caracterizan por poner en cuestión el régimen político de manera ocasional o permanente apelando a mecanismos no considerados válidos por este.

Este trabajo se limita a estudiar un episodio histórico puntual, los bombardeos del 16 de junio de 1955 a la Plaza de Mayo y la posibilidad de interpretarlo bajo la categoría jurídica de Crimen de Lesa Humanidad. Para ello, en primer lugar, se realiza un relato del hecho histórico objeto de análisis y de su contexto político; en segundo lugar, se presenta una caracterización de la categoría jurídica utilizada: crimen de lesa humanidad; y en tercer lugar se plantea la viabilidad de aplicar esta categoría al hecho

histórico señalado para su análisis y para su tratamiento en los ámbitos jurídicos.

2. La profundización del conflicto entre gobierno y oposición

Una de las dificultades del peronismo en el poder, naturalmente limitado por la nula predisposición opositora y su negativa a otorgarle a Perón legitimidad para participar en el sistema político, fue su dificultad para seducir, convencer, acercar o atraer a sus filas a todos los sectores que desde 1945 se ubicaron en la oposición (Godio, 1985: T 1, 23).

Luego de la elección de 1952, hubo un segundo intento de asesinar a Perón y a su esposa.⁶ Encabezado por el coronel José Francisco Suárez, y con el apoyo de civiles y oficiales retirados, pues no se logró sumar a oficiales en actividad, el intento fue desarmado antes de cristalizarse a partir de los informes de los Servicios de Informaciones de la Aeronáutica (SIA).

Un cambio en la modalidad de acción y objetivo se produjo con el atentado del 15 de abril de 1953, durante una concentración organizada por la CGT, mientras Perón se dirigía a la multitud. Las dos bombas que estallaron causaron 6 muertos y 93 heridos y marcaron dos diferencias con las conspiraciones anteriores: a) fue una acción paramilitar ejecutada por civiles y b) el objetivo no fue la destrucción de bienes materiales sino las bajas humanas⁷. La respuesta inmediata del gobierno fue el encarcelamiento de numerosos opositores políticos, pero luego de unos meses, en diciembre sancionó una Ley de Amnistía⁸ que abrió un espacio de negociación y permitió la liberación de numerosos presos civiles y militares que habían sido encarcelados por actividades conspirativas contra el gobierno. Muchos de esos cuadros militares y civiles volverían a conspirar en 1955.

⁶ La primera rebelión armada contra el peronismo se materializó en septiembre de 1951, y fue encabezada por el general Benjamín Menéndez.

⁷ Una de las personas condenadas y encarceladas a partir de las investigaciones judiciales posteriores, junto a otros doce militantes del radicalismo, fue Roque Carranza, quien treinta años después iba a ser Ministro de Obras y Servicios Públicos y luego Ministro de Defensa en el gobierno de Raúl Alfonsín.

⁸ La ley 14.296 del 24 de diciembre de 1953.

En abril de 1954 se realizó la elección para cubrir el cargo de vicepresidente, vacante desde el fallecimiento de Hortensio Quijano en 1952. Allí, el peronismo demostró su fortaleza electoral venciendo al candidato de la UCR por un amplio margen⁹. La derrota, en lugar de desanimar a la oposición, le sirvió para confirmar la inutilidad del camino institucional para vencer al peronismo y para reafirmarse en su voluntad conspirativa.

El elemento que sirvió para aglutinar a toda la oposición política y militar contra el gobierno fue el conflicto desatado entre la Iglesia y el gobierno. Desde fines de 1954, entre ambos intercambiaron acusaciones y agravios que fueron haciéndose más graves a medida que transcurrían los meses. Esta disputa “logró en seis meses lo que las fuerzas políticas no habían conseguido en diez años: crear un clima civil que permitió la acción de las armas” (Amadeo, 1956: 126). El gobierno, en lugar de buscar una rápida solución política que desactivara el inconveniente, llevó el problema al terreno legislativo y sancionó una serie de leyes que alteraron los privilegios que tradicionalmente había tenido la iglesia¹⁰. Robert Potash (2002: 114-116) señala, además del conflicto con la iglesia como la causa que llevó a una parte de los oficiales militares del malestar profesional a la disposición a participar en una acción armada contra el gobierno, la política petrolera oficial. En el problema con la Iglesia los militares encontraron la justificación moral para desobedecer su juramento de lealtad al gobierno; y en la cuestión petrolera, si bien los militares podían ver con agrado la llegada de capitales norteamericanos para el desarrollo de la industria pesada, se dejaron seducir por el discurso opositor y vieron en el acuerdo con la *Standard Oil* de California un atentado contra la soberanía nacional¹¹. Lo

⁹ El contraalmirante Alberto Teisaire obtuvo 4.994.106 votos y Crisólogo Larralde 2.493.422.

¹⁰ Se sancionaron leyes que establecieron el divorcio vincular, que eliminaron las diferencias entre hijos legítimos y extramatrimoniales, que presentaron una nueva normativa sobre profilaxis sexual, que eliminaron las exenciones impositivas de la iglesia y la enseñanza religiosa en las escuelas y que declararon la necesidad de separar definitivamente la iglesia y el Estado.

¹¹ El acuerdo petrolero tenía una explicación económica concreta: la profundización del desarrollo económico requería más energía. Como la energía que producía el país no era suficiente para una demanda en aumento, debía importarse, lo que ocasionaba una pérdida constante de divisas.

cierto es que el viejo antiperonismo de la Unión Democrática se unió con el nuevo antiperonismo católico-nacionalista y trataron de generar las condiciones para la caída del gobierno con una estrategia sencilla: generar el descontento en la población e incentivar la movilización civil para adquirir visibilidad y ‘ganar la calle’, pues el control gubernamental de los medios de comunicación hacía que la visibilidad de la protesta y la presencia en las calles fuesen dos elementos centrales en la disputa por la opinión pública.

3. La conspiración en marcha

En el mes de junio el conflicto entre oposición y gobierno se radicalizó y tomó un camino sin retorno. La celebración de *Corpus Christi*, el 11 de junio, se transformó en una manifestación antigubernamental. El episodio confuso en el que se quemó una bandera argentina¹² fue utilizado por el gobierno para organizar una serie de actos de desagravio en escuelas y organismos públicos. Los actos debían culminar el día 16 de junio con el desfile de aviones de la Fuerza Aérea sobre la Catedral como forma de desagravio a la bandera nacional y al general San Martín por los destrozos causados en la Catedral donde estaban depositados sus restos.

La ley de Amnistía de 1953 había liberado a grupos de civiles y militares, fundamentalmente de la Marina, que reanudaron la conspiración una vez que retornaron a la vida civil. De la Armada, lograron comprometer al contraalmirante Samuel Toranzo Calderón, que pasaría a ser el conductor de la nueva confabulación. En el Ejército, la tarea fue más difícil. El primer entrevistado, Eduardo Lonardi, negó su participación argumentando que no estaban dadas las condiciones para el éxito; el segundo entrevistado fue Eugenio Aramburu que, si bien manifestó su voluntad de derrocar a Perón, dejó claro su pesimismo sobre el plan y aclaró que él no tenía mando de tropa. A principio de 1955 entraron en la conjura los dirigentes políticos del nacionalismo Mario Amadeo y Luis de Pablo Pardo, entre otros, que

¹² La investigación posterior demostró que el jefe de la Policía Federal y el ministro del Interior habían estado implicados en la quema de la bandera para desacreditar el acto opositor (Cichero, 2005).

desempeñarían un rol central en el armado de la trama política y de la movilización armada de civiles. El hombre del Ejército que acercaron los nacionalistas fue el del general León Bengoa que aceptó la conducción de Toranzo Calderón. El primer plan diagramado estableció los siguientes pasos: 1) bombardeo de la aviación naval y de la aeronáutica a la Casa de Gobierno; 2) ataque de los comandos civiles ubicados estratégicamente en los alrededores de la zona; 3) marcha de los infantes de Marina desde el Ministerio hasta la Casa de Gobierno; 4) Intervención de la Tercera División del Ejército de Paraná con Bengoa; 5) Traslado de la Flota Naval hacia Buenos Aires para apoyar las acciones; 6) Integración de un gobierno entre las tres juntas militares y tres civiles: Zavala Ortiz (UCR); Américo Ghioldi (Partido Socialista) y Adolfo Vicchi (Partido Conservador). Existe evidencia que indica que el gobierno, a partir de la información de sus servicios, tenía conocimiento de la conspiración¹³, pero la atención de Perón, en esos momentos, estaba puesta en el conflicto con la Iglesia, en la manifestación de *Corpus Christi* del 11 de junio y en la reciente constitución del Partido Demócrata Cristiano, que en la percepción del presidente formaba parte de una estrategia internacional de Vaticano (Waldman, 1981: 354 y ss.).

El 15 de junio, se comenzaron a trasladar por avión al Aeropuerto Internacional de Ezeiza, recientemente inaugurado, hombres, armas y explosivos para constituir allí una de las bases del ataque, la otra sería Punta Indio. Toranzo Calderón, con doscientos infantes, tomaría por asalto el Ministerio de Marina e instalaría allí su puesto de mando, contando con el apoyo de centenares de comandos civiles apostados en la zona. Zavala Ortiz y Vicchi (Ghioldi todavía estaba en Montevideo) redactaron la proclama que establecía las condiciones del nuevo gobierno entre las cuales figuraba la pena de muerte para aquellos que resistieran su autoridad (Cichero, 2005: 65). Pero el ataque se sostenía en los tres bombarderos Catalina

¹³ El gobierno se enteraría, horas antes, de la intención de los conspiradores de bombardear la Casa de Gobierno. Esta información permitió poner a salvo al presidente, pero inexplicablemente, y sobre esta última cuestión hay una serie de especulaciones, no se hizo nada por evacuar o poner a salvo a las personas que se congregaba en la zona (Cichero 2005; Lucero 1959).

(comandados por el capitán de corbeta Enrique García Mansilla y llegados de Bahía Blanca), los 20 aviones *North American AT6* (liderados por el capitán de corbeta Santiago Sabarots) y los 5 aviones bimotor *Beechcraft AT11* (al mando del capitán de corbeta Jorge Imaz). Un elemento que tendría un papel central en la definición del golpe iba a ser lo que ocurriese con la base de la Aeronáutica de Morón y con los modernos cazas de reacción *Gloster Meteor*, cuya tecnología y velocidad podían poner rápidamente fuera de combate a toda la aviación naval que funcionaba a hélice. Y al momento de comenzar el golpe no se sabía con certeza en qué bando estaría la base de Morón. Finalmente, Bengoa, con el ejército de Paraná, no participaría al no enterarse a tiempo de la hora y día del ataque.

4. La masacre del 16 junio

El día 16 de junio de 1955, una multitud esperaba en la plaza de Mayo el paso de los aviones de la aeronáutica en al acto de desagravio previsto a las 12 horas.

Mientras tanto, la base de Punta Indio, en poder de los golpistas, desde la mañana se preparaba para iniciar el ataque¹⁴. Perón abandonó la Casa de Gobierno luego de las nueve treinta, alertado del atentado en marcha, pero no se tomaron medidas para alertar al personal ni a la multitud que se estaba reuniendo en la plaza.

Los aviones despegaron de la base de Punta Indio a las diez treinta y, debido a las condiciones meteorológicas adversas, estuvieron dando vueltas sobre el Río de la Plata. Luego del medio día (12:40 horas), el tiempo mejoró y se dio la orden de iniciar el ataque. La multitud reunida en la Plaza de Mayo esperando para ver el desfile aéreo de desagravio, no tuvo ninguna posibilidad. Uno detrás de otro, en ‘fila india’, los tres bombarderos Catalina, los 20 aviones *North American AT6* y los 5 aviones bimotor *Beechcraft AT11* comenzaron a descargar sus bombas sobre la zona. Daniel

¹⁴ Perón tendría una serie de reuniones esa mañana. Entre otros se entrevistaría con los embajadores de Estados Unidos y de Canadá (Page, 1999).

Cichero (163-164), a partir de entrevistas a participantes y expertos militares, indica que se pudieron descargar en total 14 toneladas de bombas ese día. Hay un debate no resuelto sobre si se usaron bombas de demolición (diseñadas para atacar edificaciones; las bajas se producen indirectamente por el derrumbe de los edificios) o de fragmentación (están formadas por una gran cantidad de esquirlas que al detonar se esparcen y generan numerosísimas bajas humanas en un amplio radio de acción). Robert Potash (1982: 260) señala que la gran cantidad de víctimas civiles de ese día se explican por el uso de bombas de fragmentación, porque las bombas de demolición no llegaron a tiempo para ser cargadas en los aviones¹⁵. Hubo varios ataques, pues los aviones lanzaban sus cargas y se dirigían a Ezeiza para abastecerse de combustible y nuevas bombas y reiniciar otra vez la masacre.

Mientras caían las bombas, los infantes de Marina apostados en el Ministerio de Marina y los comandos civiles que aguardaban en la zona iniciaron su avance sobre la Casa de Gobierno que fue defendida por los Granaderos de la custodia presidencial y soldados del Regimiento Motorizado.

Un párrafo aparte merecen los modernos *Gloster Meteor* de la Fuerza Aérea. Desde la base de Morón, luego de iniciado el bombardeo sobre la población civil, partieron los primeros cazas a reacción para defender al Gobierno y abatir a los golpistas, logrando derribar un *North American*. Pero la autonomía de estos aviones era escasa y debían volver rápidamente a la base de Morón para su reabastecimiento. La tercera misión de estos *Gloster Meteor* despegó al mando de un oficial golpista, Jorge Mones Ruiz, por lo que no intervino en combate. Luego de esto, la base de Morón cayó totalmente en poder de los oficiales golpistas y los *Gloster Meteor* se sumaron a los aviones de la Marina en sus ataques sobre la Plaza de Mayo y sus alrededores (Carbone, 1994: 62). A las 16:20 horas, evaluando el fracaso

¹⁵ El piloto naval Rivero Kelly, que participó de los bombardeos, en entrevista con Daniel Cichero, afirmó que solo usaron bombas de demolición (Cichero, 2005: 83).

del golpe, los pilotos decidieron hacer un último ataque sobre la Plaza de Mayo y la CGT para finalmente unir a Uruguay.

La represión gubernamental estuvo conducida por el ministro Lucero y grupos de ciudadanos civiles que se organizaron, individualmente o coordinados por la CGT, para defender a Perón¹⁶. Las fuerzas golpistas que habían tomado el Ministerio de Marina se rindieron, se recuperó la base de Punta Indio, Ezeiza y se controló la zona alrededor de la Casa de Gobierno.

Sobre el número de víctimas no hay acuerdo; Daniel Cichero (163-164) elaboró un cuadro comparativo con todas las publicaciones que aparecieron desde 1955 mencionando datos de heridos y muertos. Los números van desde los 200 a los 4.000 muertos; si tomásemos solo las cifras que citan historiadores como Potash (1982), Page (1999) o Whitaker (1956) el número de muertos sería aproximadamente 350. Pero no hay cifras exactas, y tampoco son demasiado fiables los cálculos de los autores mencionados como queda claro al ver la variación en el número de víctimas que han sido publicadas desde los sucesos.

A la medianoche, el presidente habló por cadena nacional y prometió castigar a los culpables. Se ordenaron detenciones de civiles y militares y se realizó un reacomodamiento, dentro de las Fuerzas Armadas, que supuso varias bajas y pases a retiro. Los oficiales que recibieron penas de cárcel fueron trasladados a la cárcel de Santa Rosa, La Pampa¹⁷.

Luego de una dura respuesta inicial el gobierno adoptó una actitud conciliadora. Realizó cambios en el gabinete¹⁸, permitió el acceso a la oposición a los medios de comunicación oficiales y postergó las elecciones programadas para la reforma constitucional que trataría la separación de la

¹⁶ En realidad, la CGT no aportó mucha gente; recibió una orden directa de Perón de no movilizar gente a la Plaza de Mayo por considerar que se trataba de un enfrentamiento entre soldados (Chaves, 1973: 277). También Page (1999: 369) menciona esta orden de Perón.

¹⁷ Luego del golpe de septiembre de 1955, el gobierno militar liberó a todos los civiles y militares encarcelados por su participación en los bombardeos de junio, premió a los militares y a los civiles se los nombró en cargos de importancia.

¹⁸ Los primeros reemplazados fueron el ministro del Interior Ángel Borlenghi, señalado como uno de los hacedores de la política anticlerical, el secretario general de la CGT Eduardo Vuletich y el ministro de Educación Armando Méndez San Martín.

Iglesia y el Estado. Pero las propuestas de conciliación y diálogo fueron interpretadas por la oposición civil, militar y eclesiástica como una clara señal de debilidad. En ese contexto se dio el discurso de Perón del 31 de agosto. En él, el presidente señaló que la consigna de todo peronista era responder una acción violenta con otra más violenta y que por cada peronista caído caerían cinco opositores (Cichero, 2005). Fue un discurso de ocasión, y seguramente Perón se dejó llevar por el entusiasmo, pero fue la excusa que los golpistas, golpeados pero no vencidos, estaban esperando.

El gobierno sancionó la ley n° 14.414 que compensó económicamente a familiares de fallecidos y heridos, la CGT también impulsó la ayuda a las víctimas y la Fundación Eva Perón se hizo cargo de los costos de todos los sepelios.

Luego de septiembre de 1955, el gobierno militar se propuso imponer una versión propia de los hechos que fue adoptada por la historiografía liberal y que, en líneas generales, con algunos matices, continúa hasta hoy 2014. De acuerdo a esta, ese día 16 de junio quedaría en la memoria de los argentinos como el día de la quema de las iglesias, borrando de un plumazo la masacre previa. Algunos, con cierto respeto epistemológico, no se animaron a borrar los bombardeos, pero pusieron a un mismo nivel ambos hechos: la masacre y el incendio de iglesias¹⁹.

El 16 de junio inauguró una nueva dinámica en la lucha política argentina. Esa dinámica no solo estaba signada por la violencia, sino que, además, esta violencia ya no fue ejercida de manera monopólica por el Estado. Grupos civiles, en ambos bandos enfrentados, comenzarían a participar en el manejo de las armas a la par de los militares. Y los objetivos ya no fueron solo blancos gubernamentales o militares, sino que la población civil pasó a ser el receptor de gran parte de esa violencia.

¹⁹ Ese día hubo iglesias incendiadas, pero está claro, en cualquier análisis, que ambos sucesos están relacionados y que no pueden ser comparados de ninguna manera.

5. Crimen de Lesa Humanidad

La categoría de Crímenes de Lesa Humanidad surge del Derecho de Guerra, establecido en el Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945 a partir del cual se constituyó el Tribunal de Nüremberg. Esta idea estaba presente, en cierta forma, en los crímenes contra el Derecho de Gentes, pero es desde Nüremberg que se constituye una categoría que hace referencia a un tipo de crímenes que permanecen tales para los Estados, contra cualquier persona y en todo tiempo y lugar.²⁰

5.1. Fundamentos de validez

En el afán de oponerse a la obligatoriedad que deben respetar los Estados respecto de las normas que tipifican los crímenes contra la humanidad, se ha sostenido que aquellos no están obligados jurídicamente a respetar el derecho internacional.

La teoría del orden natural iusnaturalista se fundamenta en la doctrina medieval del orden natural y en la idea romana de un *ius gentium*. En ellos, las normas dependen de las costumbres y los tratados, por lo que la validez del sistema jurídico depende del reconocimiento y los acuerdos entre los Estados. La teoría internacional del derecho natural constituyó “una manera de afirmar que los Estados pueden tener obligaciones morales recíprocas, aunque no haya autoridad política competente para obligarlos, ni fuerza coercitiva internacional para hacer cumplir sus obligaciones” (Benn y Peters, 1984: 415). El positivismo jurídico desechó la necesidad de una instancia superior de referencia general e instituyó la validez del derecho internacional en el consentimiento de los Estados soberanos. Las dos

²⁰ La palabra ‘Leso’ conlleva el significado de agravio, ofensa, daño. El crimen de Lesa Humanidad es un tipo de crimen que por su naturaleza ofende, agravia o injuria a la especie humana como tal. Las conductas comprendidas incluyen: asesinato, exterminio, deportación o desplazamiento forzoso, tortura, violación, prostitución forzada, esclavitud sexual, esterilización forzada, encarcelación o persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos, de orientación sexual u otros, desaparición forzada, secuestro o cualquier acto que atente contra la salud mental o física de quien la sufre. Dichas conductas deben cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

posturas presentaron deficiencias: el iusnaturalismo defendía valores humanitarios, pero no tenía normas jurídicas ni organismos que obligasen a los Estados a cumplirlos; en tanto que el positivismo presentaba normas y organismos, pero como era el propio Estado el que ponía los límites, esto podía dar lugar a una situación en la que esos límites fueran normas jurídicas de cualquier contenidos o contenidos sin normas jurídicas.

Actualmente, las limitaciones que encuentran los Estados están dadas por un orden jurídico internacional cuyo contenido está expresado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, el derecho internacional es la instancia jurídica superior que confiere validez a los organismos jurídicos estatales; los estados están obligados aunque no se hayan comprometido con ningún tratado y más allá de su voluntad (O'Donnell, 1988). Por ello, aquellas conductas consideradas Crímenes de Lesa Humanidad no dependen de los Estados para ser aceptados como tales, sino que son tales a partir de normas universales inderogables (*ius cogens*²¹), admiten la actuación retroactiva de ellas cuando están expresadas en un tratado y, en ausencia de norma convencional, constituyen la *última ratio*²² posible. Según la Corte Suprema Argentina, “la calificación de los delitos de lesa humanidad no depende de la voluntad de los Estados [...] sino de los principios de *ius cogens* del derecho internacional” (*Fallos*, 318: 2148).

5.2. Ámbitos de validez

Respecto de la categoría “Crímenes de Lesa Humanidad”, es posible establecer cuatro ámbitos de validez que suponen, respectivamente, cuatro características: a) ámbito material (inderogabilidad/inadmixtibilidad); b) ámbito personal (responsabilidad individual); c) ámbito temporal (imprescriptibilidad/retroactividad); d) ámbito espacial (jurisdicción universal). De acuerdo a esta diferenciación, Crímenes de Lesa Humanidad

²¹ Expresión latina que hace referencia a normas de derecho imperativo que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, por lo que cualquier acción contraria a lo establecido por ella es declarada nula.

²² Expresión latina que significa el último argumento posible o la última razón posible.

“es el *nomen iuris* que designa el conjunto de condiciones bajo las cuales se autoriza en determinados casos el desplazamiento de determinadas reglas de derecho interno por reglas de derecho internacional” (Ferreira, 2005).

5.2.1. Ámbito material

El ámbito material es el que define el tipo penal internacional, es decir qué es y cuáles son los Crímenes de Lesa Humanidad.²³ Están enumerados en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y son tales cuando son cometidos en forma sistemática o generalizada contra una población civil y con conocimiento del acto.²⁴

Los requisitos que deben estar presentes en los Crímenes de Lesa Humanidad son: a) humanidad como víctima (acto inhumano que por su gravedad excede los límites tolerables por la comunidad internacional que debe castigarlos); b) ataque contra una población civil (puede haber víctimas militares, pero lo fundamental es el carácter colectivo del crimen); c) ataque generalizado o sistemático (deben realizarse de acuerdo a un plan preconcebido, no es necesario que se formalice o que sea declarado formalmente, pero sí debe poder inferirse de un análisis del contexto en el que se desarrollan los hechos).

La inderogabilidad de este tipo de crímenes proviene del *ius gentium* que es independiente de la voluntad de los Estados. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que cualquier tratado que se oponga a una norma de *ius cogens* es nula (art. 53 y 64), y en su art. 43 establece que la nulidad, terminación o denuncia de un tratado no menoscabarán en nada el deber de una Estado de cumplir toda obligación anunciada en el

²³ Los Crímenes de Lesa Humanidad son un tipo dentro del género Crímenes Internacionales; los otros tipos son: Genocidio, Crímenes de Guerra, Crímenes de Agresión.

²⁴ El art. 6 del Estatuto de Londres establece como Crímenes de Lesa Humanidad el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación y todo acto inhumano cometido contra una población civil, la persecución por motivos políticos, raciales, culturales o religiosos. El art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional agrega otros casos: privación de la libertad violatorias del derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual y otros abusos sexuales de gravedad, desaparición forzada, crimen de *apartheid*.

tratado a la que está sometido en virtud del Derecho Internacional independientemente de ese tratado (Ferreira 2005: 10).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha establecido que no es admisible conceder una amnistía en cuestiones vinculadas a graves violaciones de Derechos Humanos;²⁵ la aplicación de una amnistía implicaría una violación a la obligación genérica que tienen los Estados de respetar los derechos y las libertades reconocidos por aquel sistema. Además, supone que es inadmisibile cualquier disposición judicial o política que promueva la prescripción o libere de responsabilidades, de modo tal que se pueda impedir la investigación y el juzgamiento. Respecto a la impunidad, es definida como la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena a los responsables de las violaciones de los Derechos Humanos.²⁶

5.2.2. Ámbito Personal

Si bien existe una especie de consenso, respecto de los Derechos Humanos, en que son los Estados quienes están obligados respetar, el Derecho Penal Internacional estableció el principio de responsabilidad individual en los casos de Crímenes de Lesa Humanidad. Esta noción estuvo presente en el juicio de Nüremberg; cuando la defensa planteó que el Derecho Internacional no preveía el castigo a los individuos, el tribunal no consideró el pedido y dictaminó que suponer que un Estado puede cometer un crimen es solo una ficción, pues los crímenes son cometidos por los individuos. Esta cuestión dio lugar el Principio I de Nüremberg que establece que “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de

²⁵ Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva de 1986, estableció que la palabra ‘ley’ significa una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, elaborada por órganos legislativos democráticamente elegidos y según normas constitucionales establecidas. Por ello una ‘ley de amnistía’ no puede ser una ‘ley’, pues son normas de excepción y no de carácter general, y no promueven el bien común sino que son estrategias legales que persiguen la impunidad, la obstrucción de la justicia y el ocultamiento de la verdad (Ferreira 2005: 13).

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Paniagua Morales y otros*.

derecho internacional es responsable de él y está sujeto a sanción”.²⁷ La responsabilidad individual excluye la posibilidad de consideraciones como la obediencia debida o la condición oficial; la Convención sobre Genocidio de 1948 estableció en su artículo IV que “las personas que cometan genocidio o cualquiera de los demás actos enumerados en el art. III serán castigados independientemente de que se traten de gobernantes constitucionalmente responsables, funcionarios públicos o personas privadas” (Ferreira, 2005: 16). El Principio III de Núremberg establece que una persona que haya cometido un crimen de acuerdo al Derecho Internacional no está eximida de responsabilidad por ser funcionario público o jefe de Estado. Asimismo, el Principio IV indica que, aunque una persona haya actuado bajo órdenes de un superior o de su gobierno, no está exenta de responsabilidad si cometió un crimen de acuerdo al Derecho Internacional; el principio se aplica también para aquel que, en las mismas condiciones, no haya adoptado acciones necesarias y razonables para impedir el crimen o para castigar a los culpables de él.

5.2.3. Ámbito Temporal

La cuestión temporal, respecto de la aplicación de la ley penal, supone considerar dos cuestiones: la irretroactividad y la imprescriptibilidad. Con respecto a la primera, en las normas de los derechos nacionales, rige el principio *nulla poena sine lege*. Pero este principio no es aplicable al Derecho Internacional. Según Kelsen (en Abregú y Dulitsky, 1994: 126), “el Derecho Internacional General no prohíbe, como lo hacen las legislaciones locales, la promulgación de normas con fuerza retroactiva”. Cuando la consideración de la nulidad de aplicar una norma con retroactividad fue propuesta por la defensa en Nüremberg, el Tribunal sentenció que no podía existir duda de que los acusados habían actuado sabiendo que violaban el Derecho Internacional. Y el argumento que utilizó para sostener que no estaba aplicando el principio de retroactividad fue el

²⁷ Tomado el 11/10/2014 de <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>

carácter vinculante del Derecho Internacional Consuetudinario que estaba vigente antes de cometerse los hechos que se estaban juzgando allí. La imprescriptibilidad comenzó a ser planteada luego de la Segunda Guerra Mundial para que no quedasen impunes los crímenes cometidos durante el conflicto.²⁸

5.2.4. Ámbito espacial

Los mecanismos para la investigación y el juzgamiento de los Crímenes de Lesa Humanidad admiten las instancias de la justicia nacional (ejercida por los tribunales ordinarios de cada Estado), internacional (propia de Naciones Unidas, Corte Penal Internacional o Tribunales Ad Hoc) y universal (llevada adelante por cualquier tribunal de cualquier país en relación a delitos cometidos en cualquier lugar; el principio existe, pero la realidad indica que solo los países poderosos pueden llevarlo a la práctica). A la regla de territorialidad, propia de los Estados, en estas cuestiones se agregan los principios de nacionalidad (permite al Estado ejercer su jurisdicción sobre sus ciudadanos, sin importar el lugar en el que se encuentren y para evitar una situación de impunidad que pueda surgir cuando el delincuente comete un ilícito fuera de su país y pretende ampararse en la legislación de este), protección (permite al Estado la jurisdicción extraterritorial cuando se ven afectados sus intereses fundamentales) y personalidad pasiva (permite al Estado perseguir hechos cometidos por ciudadanos de otro país fuera de su jurisdicción estatal contra sus ciudadanos).

²⁸ La imprescriptibilidad quedó establecida en la Convención de Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1986. Es importante la cuestión porque primero se aplica la norma consuetudinaria y luego la norma convencional, así, la regla se aplica antes de que la Convención la sancione y en países que no la ratificaron.

6. La investigación o El reclamo de justicia o Verdad, Memoria y Justicia

En los días posteriores a los bombardeos del 16 de junio de 1955, el gobierno constitucional inició las investigaciones pertinentes para juzgar y castigar a los responsables del hecho.²⁹ El expediente judicial llevó la carátula “FF. AA. c/ Almirante Aníbal Olivieri s/ Rebelión Militar”. Fueron detenidos, degradados y condenados los militares responsables. Pero en septiembre de ese año, un golpe militar derrocó al presidente Perón, liberó a todos los que habían sido condenados y los restableció en sus puestos y rangos, y condenó el caso al olvido. Los marinos que habían huido a Uruguay volvieron a Argentina, recibieron homenajes, y también fueron restablecidos en sus puestos y recuperaron sus rangos militares.

El olvido fue una estrategia voluntaria del gobierno de la ‘Revolución Libertadora’ que contó con una complicidad generalizada de los sectores políticos, intelectuales y sociales antiperonistas. Inclusive, las investigaciones históricas han camuflado el hecho, agregándolo como un elemento secundario dentro de un relato histórico general, quitándole así todo el contenido trágico y criminal que el episodio contuvo. En algunos casos, los bombardeos directamente no se mencionan; y en los casos en los que sí se los considera, se los pone al mismo nivel que un hecho posterior: los incendios a iglesias que se produjeron esa noche, que tampoco puede admitirse. Pero, estamos en presencia de dos hechos diferentes, uno implica la masacre de centenares de civiles y el otro supone la destrucción material de edificios. La labor de la historiografía, desde 1955, ha logrado que el mes de junio de 1955 en la memoria oficial y social de los argentinos sea el mes del incendio a las iglesias.

Recién en 1983, durante el restablecimiento de la democracia en Argentina, Miguel Ángel Marino (hijo de Juan Carlos Marino, una de las

²⁹ Los responsables materiales del hechos, las decenas de aviadores que habían piloteado los aviones, huyeron a Uruguay; allí fueron protegidos y se mantuvieron a salvo del accionar de la justicia.

víctimas del bombardeo del 16 de junio de 1955) inició los trámites judiciales correspondientes reclamando justicia por su padre.

En el año 1995, fue sancionada la ley n° 24.441 “Indemnización por desaparición forzada o fallecidos por el accionar del terrorismo de Estado”.³⁰ El artículo 2 estableció la indemnización a toda persona que hubiese fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas con anterioridad al 10 de diciembre de 1983. La ley n° 24.823 de 1997 estableció que ante la duda debía estarse a favor del otorgamiento del beneficio. Miguel Ángel Marino realizó el reclamo correspondiente ante la Secretaría de Derechos Humanos, pero esta no se pronunció al respecto. Se dirigió a la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo, y su Sala V le reconoció en forma unánime el derecho a la percepción de la indemnización. El Estado Nacional presentó un recurso extraordinario ante la Corte Suprema que interpretó que, si bien la ley no fijaba un límite temporal, debía respetarse su espíritu y entenderse como fecha de inicio el año 1974. Era la década de 1990, los años de la ‘mayoría automática’ y de los decretos de impunidad que habían liberado de la cárcel a los militares y miembros de las organizaciones armadas que habían sido juzgados por el gobierno de Raúl Alfonsín. No solo se le negaba la percepción del beneficio otorgado por la ley, sino que además las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida habían establecido una situación de impunidad que impedía la investigación judicial y el castigo a los responsables de los bombardeos de junio de 1955.

El 16 de julio de 2002, Miguel Ángel Marino falleció. Un familiar suyo, la Dra. María Daniela Marino, junto a otras personas creó la Comisión de Familiares y Víctimas del Bombardeo del 16 de junio de 1955 para reclamar memoria, verdad y justicia.

³⁰ La ley fue reglamentada por el decreto 403/95 y publicada en el Boletín Oficial el 4 de septiembre de 1995. Posteriormente, en 1997 se sancionó la ley n° 24823 “Desaparición forzada de personas. Indemnización” que agrega a la ley n° 24411 algunos artículos. Tomado el 13/10/2014 de <http://www.jus.gob.ar/derechoshumanos/atencion-al-ciudadano/politicas-reparatorias/ley-24411.aspx>

El 21 de agosto de 2003, durante la presidencia de Néstor Kirchner, el Senado de la Nación anuló las leyes de Obediencia Debida y Punto Final que mantenían la impunidad e impedían el juzgamiento a los responsables de haber cometido crímenes de Lesa Humanidad durante la última dictadura militar. Además, el Senado aprobó por unanimidad un proyecto para elevar a rango constitucional la Convención de la ONU sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. Este fue un acontecimiento fundacional porque permitió investigar y juzgar posibles conductas consideradas Crímenes de Lesa Humanidad sin considerar límites temporales en el pasado.

Más cerca en el tiempo, en febrero de 2008, el abogado José Deguisa presentó una denuncia penal, en los juzgados 3 y 11 de Daniel Rafecas y Claudio Bonadío respectivamente, solicitando que se considere a los bombardeos del 16 de junio de 1955 como Crimen de Lesa Humanidad y se reabra la causa judicial.³¹ En agosto de ese año, la Cámara Federal (el juez del tribunal Eduardo Freiler calificó el hecho como Crimen de Lesa Humanidad) resolvió un conflicto de competencia y envió las actuaciones al Juzgado 6 de Rodolfo Canicoba Corral. Mientras la Cámara resolvía la competencia, el juez Bonadío siguió la instrucción y resolvió no reabrir la causa. El juez Canicoba Corral resolvió en el mismo sentido que Bonadío.³²

7. Consideraciones finales

En principio, no parece haber inconvenientes en definir como Crimen de Lesa Humanidad el bombardeo del 16 de junio de 1955 sobre la Plaza de Mayo. Fue un ataque planificado con anterioridad, con un objetivo político claro (el asesinato de un presidente), pero materializado sobre un sujeto colectivo (la población civil indefensa) que fue la víctima principal de la jornada. El carácter aberrante del atentado lo constituye como delito

³¹ José Deguisa había presentado en el año 2002, en el Foro Federal de los Tribunales de Comodoro Py una denuncia para que se declare Crimen de Lesa Humanidad a los bombardeos del 16 de junio de 1955, que no tuvo resolución favorable.

³² Tomado el 13/10/2014 de http://comisionbombardeo.blogspot.com.ar/2009_06_01_archive.html.

inderogable (*ius gentium*), por lo que su tratamiento judicial es independiente de la voluntad de un Estado y no admite la posibilidad de una amnistía o disposición judicial o política que promueva la prescripción o libere de responsabilidades, de modo tal que se pueda impedir la investigación y el juzgamiento. Tampoco pueden los autores intelectuales o materiales argumentar en su defensa cuestiones como la obediencia debida o su condición oficial para soslayar su responsabilidad. El paso del tiempo no libera al criminal de la acción judicial, pues el tipo de crimen es imprescriptible y, por ser violatorio del Derecho Internacional General, no admite el recurso de defensa *nulla poena sine lege* (irretroactividad).

A partir del golpe militar del 16 de septiembre de ese año, el gobierno de la ‘Revolución Libertadora’, atendiendo lo que consideraba el problema básico de la Argentina, el peronismo y su influencia en todos los niveles de la sociedad, implementó una política de Estado que definió con la expresión ‘desperonización’.³³ En este sentido, el tratamiento de los acontecimientos del 16 de junio de 1955 como Crimen de Lesa Humanidad debería constituirse en el primer paso para la realización de una revisión general del proceso histórico argentino desde 1955, o al menos entre 1955 y 1956 asumiendo al peronismo como víctima (considerado como entidad cultural y como colectivo social). Esta revisión debería exceder el ámbito académico para entrar en el terreno judicial, y trasladar la hipótesis de Crimen de Lesa Humanidad a las acciones emprendidas por el gobierno (y

³³ La ‘desperonización’ consistió en una serie de medidas aplicadas de inmediato: se procedió a arrestar a cientos de dirigentes peronistas; se incrementaron los esfuerzos de las comisiones especiales, que se habían formado para investigar las irregularidades del gobierno de Perón; se intervinieron la CGT y sus sindicatos miembros; se disolvió la Fundación Eva Perón; se derogó la Constitución de 1949; se prohibió ocupar cargos gubernamentales o sindicales a quienes lo habían hecho antes del golpe militar de septiembre de 1955; se declaró ilegal el Partido Peronista; se prohibieron las fotos, retratos o esculturas de funcionarios peronistas; se prohibieron también el escudo peronista, las canciones peronistas, las fechas vinculadas a la historia del peronismo, las expresiones “peronismo”, “justicialismo”, “tercera posición”, etc. A estas medidas, se sumó la política laboral adoptada que siguió tres líneas principales de acción: a) proscripción legal de los dirigentes sindicales peronistas; b) represión e intimidación del sindicalismo y de sus activistas de base popular; y c) medidas adoptadas, con la anuencia de los empresarios, en relación a la productividad y la racionalización del trabajo. Esta política retomó el carácter violento de los bombardeos de junio de 1956 con los fusilamientos de junio de 1956.

también, naturalmente, por civiles), luego de 1955, señalando al peronismo como víctima, y contenidas en la denominada ‘desperonización’.

8. Referencias bibliográficas

- Abregú, Martín y Dulitsky, Ariel (1994). “Las leyes ex post facto y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno”, *Lecciones y Ensayos*, N° 60/61.
- Aelo, Oscar (Comp) (2010). *Las configuraciones provinciales del peronismo: actores y prácticas políticas, 1945-1955*, La Plata, Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires.
- Benn, S. I. y Peters, R. S. (1984). *Los principios sociales y el Estado democrático*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Carbone, Alberto (1994). *El día que bombardearon la Plaza de mayo*, Buenos Aires, Ediciones Vinciguerra.
- Cichero, Daniel (2005). *Bombas sobre Buenos Aires*. Buenos Aires: Javier Vergara Editor.
- Ferreira, Marcelo (2005). “Crímenes de Lesa Humanidad: Fundamentos y ámbitos de validez”, Capítulo XIII, en Gordillo, Agustín et al. (2005), *Derechos Humanos, Fundación de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 5ta. Ed., tomado el 11/10/2014 de <http://www.gordillo.com/DH6/capXIII.pdf>.
- Fiorucci, Flavia (2001). *El antiperonismo intelectual: de la guerra ideológica a la guerra espiritual*, en <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/FiorucciFlavia.pdf>.
- García Sebastiani, Marcela (2005). *Los antiperonistas en la Argentina peronista. Radicales y socialistas en la política Argentina entre 1943 y 1951*, Buenos Aires, Prometeo.

- García Sebastiani, Marcela (2006). *Fascismo y antifascismo. Peronismo y antiperonismo. Conflictos políticos e ideológicos en la Argentina (1930-1945)*, Buenos Aires, Sudamericana.
- Linz, Juan (1978). *La quiebra de las democracias*, Alianza Editorial, Madrid.
- Macor, Darío y César Tcach (Ed.) (2003). *La invención del peronismo en el interior del país*, Santa Fe, UNL.
- Nallim, Jorge (2006), “Del antifascismo al antiperonismo, Argentina libre, Antinazi y el surgimiento del antiperonismo político e intelectual en García Sebastiani, Marcela (2006). *Fascismo y antifascismo. Peronismo y antiperonismo. Conflictos políticos e ideológicos en la Argentina (1930-1945)*, Buenos Aires, Sudamericana.
- O'Donnell, Daniel (1988). *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Lima, Comisión Andina de Juristas.
- Page, Joseph (1999). *Perón. Una biografía*, Buenos Aires, Editorial Debolsillo
- Peter Waldman (1981). *El peronismo, 1943-1955*. Buenos Aires: Hyspamerica.
- Plotkin, Mariano (1991). “Perón y el peronismo: un ensayo bibliográfico”, en *Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, vol 2, N° 1, 1991, pp. 113-135.
- Potash, Robert (1982). *El ejército y la política en la Argentina*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Potash, Robert (2002). “Las fuerzas armadas y la era de Perón” en Juan Carlos Torre (dir) (2002), *Los años peronistas (1943-1955)*, Nueva Historia Argentina. Buenos Aires: Sudamericana: 79-124.
- Sarlo, Beatriz (2001). *La batalla de las ideas (1943-1973)*, Buenos Aires, Ariel.

- Sigal, Silvia (2002). “Intelectuales y peronismo”, en Juan Carlos Torre, ed., *Nueva Historia Argentina, tomo VIII, Los años peronistas, 1945-1955*, Buenos Aires, Sudamericana.
- Spinelli, Estella (2003). “Ideas fuerza en el debate político durante los años de la ‘Libertadora’, 1955-1958”, *Estudios Sociales*, N° 24, 2003, pp. 61-88.
- Svampa, Maristela (1994). *El dilema argentino: civilización y barbarie; de Sarmiento al revisionismo peronista*, Buenos Aires, El Cielo por Asalto.

TEORÍA CONSTITUCIONAL



CHECKLIST: DIEZ PUNTOS DE CONTROL

DE CONSTITUCIONALIDAD

Mgr. Gustavo Arballo

1. Introducción

Es importante aclarar desde el principio que al postular “diez puntos para el control de constitucionalidad” la lista que presentaremos no tendrá pretensión de completitud. Su formulación decimal es mera coincidencia y no pretende afirmar una suerte de decálogo canónico. Es posible que pueda hacerse otra similar en la que aparezcan otros puntos de control aquí no tratados. También es posible que puedan organizarse o agruparse de modo diverso al que aquí usaremos en la exposición.

Ello no resulta un problema en la medida en que el sentido de este relevamiento conceptual no es meramente enumerativo o casuístico. La idea básica es la de exponer en qué medida el llamado control de constitucionalidad no es uno solo, sino una pluralidad de controles que pueden tener lógicas, premisas y parámetros de operación distintos.

En concreto, postularemos diez puntos de control que pueden agruparse en cuatro estratos de análisis. Hablaremos entonces de un primer estrato de control externo, de un segundo estrato de control de contenidos, de controles sobre efectos y, finalmente, de controles *praeter* norma.

La enumeración propuesta —que articularemos en cada caso de modo muy sucinto y referencial, y por supuesto sin pretensión de exhaustividad— pretende ser útil para identificar por un lado zonas teóricas bien establecidas, con poco margen de discusión en cuanto a sus presupuestos, y por otro otras que aparecen incipientes o inciertas, con un margen mayor de

desacuerdos, junto a otras que, finalmente, pueden estar a la vez en apreciable curso de consolidación.

2. La perspectiva histórica

Ello viene a cuento para subrayar que, desde una perspectiva histórica, no es difícil postular que en cierta medida estaremos revisando los postulados puntos de control en orden de aparición, ya que los estratos de control que desarrollamos al principio son los que responden a sistemas más “clásicos” del control de constitucionalidad, caracterizados por una limitación ostensible en el rango detectable de problemas de constitucionalidad (en una identificación clásicamente concebida como “*ultima ratio*”) como en el espectro de *respuestas* de la judicatura (que en buena medida aparecían reducidas a una sola: la invalidación para declarar inconstitucional una norma, suprimiéndola del ordenamiento)

En este marco aparece un proceso que va progresivamente escalando a niveles de controles más amplios, intensificando el escrutinio del accionar estatal. La evolución también se complementa con modificaciones en el *modus operandi* del controlador sobre estratos o puntos de control ya establecidos, en una trayectoria que también tiene un sentido de profundización. Resumiendo, el control de constitucionalidad está abarcando más puntos, y también está auscultando más intensamente cada uno de ellos.

3. Control de formación

El primer estrato de controles concierne básicamente a los presupuestos básicos de validez de la norma. Ello no es sorprendente ya que la primera tarea que debe realizarse a la hora de realizar el control de constitucionalidad de un acto es que ese acto en efecto “exista” para el ordenamiento.

3.1. Punto 1°. Control competencial

Conceptualmente, el primer punto de control que debe superar el escrutinio judicial es la determinación de que la autoridad que sancionó la norma, o que la ejecuta, sea una autoridad competente para esa función.

En este punto se inscriben dos dimensiones de la división de poderes: la división “horizontal” de poderes, cuyos conflictos más frecuentes se dan entre las normas del Congreso y las normas del Ejecutivo (sobre todo en Decretos de Necesidad y Urgencia y temas donde se habilita delegación legislativa, en orden a verificar si están cumplidos sus presupuestos de validez), y la división “vertical” de poderes, que concierne al deslinde de competencias entre Nación y Provincias.

En efecto, es de notar que las sentencias “pioneras” del constitucionalismo clásico (*Marbury v. Madison*, *McCulloch v. Maryland*, *Mendoza c. San Luis*) se resolvían por atribuciones o denegaciones de competencia. Desde ese punto de partida, la trayectoria histórica ulterior nos muestra cómo se fue pasando paulatinamente de ese referato *competencial* a un conffronte más *substantivo*.

3.2. Punto 2°. Control procedimental

La otra exigencia del estrato del control de formación no se detiene en el *quién* sino en el *cómo*. En concreto, deben identificarse si se dan en el caso los presupuestos de existencia de una norma válida (o bien, los presupuestos establecidos para la validez de la acción ejecutada).

En un primer nivel podríamos ubicar aquí el nivel formal más evidente (su vigencia temporal no suspendida ni pospuesta, la publicación formal en un boletín oficial, etc.).

Luego, en un segundo nivel se podría verificar si previo a todo ello se siguieron los procedimientos exigibles para la sanción de la norma: revisar formalmente la conjunción de condiciones constitucionales (como mayorías

especiales, cámara de origen, etc.) o reglamentarias cuya inobservancia hubiera supuesto un vicio o acarreado nulidad del acto.

Cierto es que el nivel de escrutinio de este punto de control tradicionalmente se replegaba a partir de este segundo nivel. La no justiciabilidad del procedimiento legislativo formó parte del núcleo clásico de “cuestiones políticas no judiciales” ya desde el fallo “Cullen c. Llerena” de 1893, línea que siguió en casos como “Compañía Azucarera Tucumana” de 1925 y “Petrus” de 1948.

No obstante, existen paulatinas aperturas que se darían a partir del caso “Soria de Guerrero” de 1963, donde se abre la brecha para el control judicial cuando se verifique la falta de concurrencia de los requisitos mínimos exigidos por la Constitución para la sanción de una norma. Esta posibilidad aparece modernamente saldada con resultado positivo en el caso “Nobleza Piccardo” de 1998 en el que la Corte invalidó una ley que al haber tenido modificaciones en la Cámara revisora debió haber vuelto a la Cámara de origen.

El control deliberativo busca que el procedimiento de discusión parlamentaria no sea un paso “formal” sino sustantivo. El punto central en su concepto –que parte de una concepción deliberativa de la democracia- es que el valor epistémico que justifica la presunción de constitucionalidad de las leyes presupone –y requiere- que estas sean el producto de un debate libre y abierto donde se hayan considerado las razones de todos los grupos y personas involucradas. En tal sentido ha propuesto Roberto Gargarella, recordando casos de cortes como las de México o de Colombia, donde se han tabulado vicios procedimentales que van desde vicios en las convocatorias y actos preparatorios de las sesiones hasta la identificación de un debate ausente o ficcional que había precedido a la aprobación de una norma.

Al tiempo, este autor no se pronuncia con una solución categórica ante la aparición de defectos deliberativos:

No decimos aquí que una norma producto de una ficción de debate debe ser automáticamente anulada. Lo que decimos es que, frente a tal circunstancia, la presunción de constitucionalidad de la que gozan normalmente las leyes debe invertirse. Debe asumirse, entonces, que la norma del caso no se encuentra basada en razones públicas, sino en presiones corporativas que socavan la imparcialidad que debe caracterizar a las decisiones legislativas (y) en consecuencia, debe someterse dicha norma a un 'escrutinio estricto', antes que a un análisis laxo (Gargarella, 2014:29).

4. Control de contenidos

En el estrato del control “de contenidos” el escrutinio judicial se desenvuelve con referencia exclusiva a los preceptos de la normativa impugnada. No se tienen en cuenta las limitaciones competenciales ni los otros presupuestos de la norma que vimos en el estrato anterior, ni se tienen en cuenta su entorno de aplicación y sus efectos (que veremos más adelante).

Siempre asumiendo la naturaleza tentativa de nuestro inventario (susceptible de refinamientos, expansiones y reorganizaciones), expondremos aquí tres puntos de control específicos de este estrato. El primero es el control de “no contradicción”, que busca preservar la consistencia de las normas del ordenamiento constitucional. El segundo es el control “de integridad”, que busca examinar que no existan recortes a un núcleo duro, o nivel mínimo, de derechos constitucionales. El tercero es el control “de progresividad”, que busca evitar que exista algún recorte ya no por debajo de ese nivel esencial, sino con respecto al estatus jurídico que se haya establecido en una legislación previa.

4.1. Punto 3°. Control de no contradicción *strictu sensu*

El control de no contradicción *strictu sensu* busca depurar las contradicciones explícitas que surgen dentro del orden normativo. En su concepción más básica se buscará verificar que no existan acciones (normativas o ejecutivas) constitucionalmente prohibidas: por ejemplo, si la Constitución ha vedado la imposición de la pena de muerte, o la expropiación sin indemnización, será inconstitucional toda legislación que infrinjan estas cláusulas. El conflicto normativo se resolverá modélicamente aplicando la cláusula de supremacía constitucional según el modelo de “*Marbury v. Madison*”, con el resultado de la anulación de la norma infractora (aunque dejamos dicho que es posible pensar en otras soluciones en clave “interpretativa”).

En el lenguaje que hemos utilizado –siguiendo la clasificación clásica de la Corte Argentina elaborada en relación a la “cuestión federal” en el marco del Recurso Extraordinario Federal-, el control de no contradicción responde a una formulación primaria y elemental, en tanto se concentra en contradicciones simples y ostensibles, ya sean directas (contradicción entre Constitución y norma o acto inferior) o indirectas (contradicción entre dos normas inferiores a la Constitución, como, por ejemplo, un decreto reglamentario del Ejecutivo que contradice la ley que reglamenta).

4.2. Punto 4º. Control de integridad

El control de integridad busca depurar las restricciones sustantivas al “contenido esencial” de los derechos, haciendo un escrutinio específico sobre las reglamentaciones legislativas o de otro carácter. En nuestro sistema constitucional este tipo específico de control tiene su ancla normativa en el juego entre los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional: el primero que admite la regulación (los derechos se garantizan “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”), y el último que garantiza precisamente esta integridad que nos ocupa “Los principios, garantías y derechos ... no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” (texto evidentemente inspirado por el proyecto de

Constitución de las “Bases” de Juan Bautista Alberdi que en su artículo 20 postulaba que “el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia”).

La idea aparece también captada en la garantía del “contenido esencial” (*wesengehalt*) de los derechos fundamentales que se formula en el art. 19.2 de la Constitución Alemana y en el art. 53.1 de la Constitución Española, y en el llamado control del “debido proceso sustantivo” (*substantive due process*) que es su versión americana.

En este plano es común desplazar el control de esta garantía del “contenido esencial” al examen de *proporcionalidad* que veremos más adelante, pero ello corresponde a un punto de control que presupone la intangibilidad del contenido esencial. Aunque este tema requeriría un tratamiento más profundo, aquí seguimos a Juan Cianciardo (2007:279) en la idea de que el respeto del contenido esencial “constituye una valla infranqueable para el legislador” y “no se confunde con la exigencia de que toda limitación de una norma iusfundamental se encuentre justificada” (para lo cual se recurre a tests como el de proporcionalidad). En similar orden de ideas, ha dicho Prieto Sanchís (1990:148) que “aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho”.

4.3. Punto 5°. Control de no regresividad

Un nuevo punto de control emerge a la luz de la consideración de cambios intertemporales en la regulación de los derechos, considerada bajo el prisma del principio de progresividad. Aquí aparece otro ejemplo de divergencia entre la jurisprudencia clásica (que tradicionalmente aceptó restricciones o regresiones en materia de derechos tanto civiles como patrimoniales, en sucesivas validaciones de la legislación de emergencia) y la doctrina moderna que la enfatizaba como un punto de control autónomo.

La idea —condensada en el título “Ni un paso atrás” de la clásica compilación de Courtis (2006) sobre el tema— es que bajo un concepto de

desarrollo progresivo de los derechos fundamentales no existe discrecionalidad del legislador para retroceder de los niveles ya alcanzados. La Corte Suprema dio cuenta de ello en “Aquino” (2004), a propósito de la declaración de inconstitucionalidad del sistema “tasado” de indemnizaciones implementado por la Ley de Riesgos del Trabajo. Más allá de ese precedente, se puede identificar una reciente aplicación del control de no regresividad en el fallo de 2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dado en la causa “ATE c. Municipalidad de Salta”. Allí el tribunal deja sentado que las normas regresivas (en el caso se trataba de una reducción de sueldos) tienen una “fuerte presunción” contraria a su constitucionalidad, con lo cual en la práctica se invierte la carga de la prueba y se la pone en cabeza del Estado. La prohibición no es absoluta, aunque para adoptar una medida regresiva los Estados deben justificar la existencia de un interés estatal calificado; el carácter imperioso de la medida, y la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión.

Nótese que el principio de “no regresividad” tiene, con todo, una función únicamente “defensiva”, y no “expansiva”, de derechos. En este punto cabe preguntarse si no existe la posibilidad de una justiciabilidad que tenga este último efecto: si los principios constitucionales pueden leerse no en una clave meramente “programática” sino como “mandatos de optimización” —entendiendo, con Alexy (1986:86), que los principios constitucionales pueden leerse como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”— entonces debería existir un mecanismo judicial que permita exigir el cumplimiento de tal mandato.

Este vector de análisis, empero, ya excede el enfoque de una perspectiva anclada en la norma que caracteriza al estrato del control de contenidos, y por eso debe abordarse en el contexto del punto de control “de desarrollo normativo” que en nuestro catálogo incluimos al nivel de controles *praeter* norma.

5. Controles sobre efectos

La consideración de una norma puede desdoblarse en dos niveles de análisis que la doctrina norteamericana ha identificado como *on its face* (el efecto “problemático” debe surgir literalmente, explícitamente, de la propia ley) o *as applied* (donde el efecto “problemático” surge de la forma en que se aplica una ley determinada).

La doctrina clásica y ortodoxa sobre control de constitucionalidad se construyó, sin dudas, bajo el parámetro más limitativo, que sigue siendo el que aparece a priori como el estándar prevalente en la materia, que es paradigmático del estrato del control de contenidos.

Sin embargo, es también observable que aparecen progresivas concesiones a la visión “realista” que se asocia a una visión más exigente del control de constitucionalidad a la luz de sus efectos, bajo el modelo de revisión “*as applied*”.

Un ejemplo anecdótico pero sugestivo de esta tensión aparece en el importante fallo de la Corte Suprema en la causa “Grupo Clarín”, donde una parte importante de la denegatoria del planteo se vincula con su rechazo por el hecho de que la ley por sí misma no lesionaba derechos de la actora, un criterio que es incompatible con planteos *as applied*. Y lo sugestivo es que al tiempo que hacía esto, en un explícito *obiter dicta* la mayoría reclamaba un comportamiento neutral de la autoridad de aplicación (“La autoridad de aplicación debe ajustarse estrictamente a los principios establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales a ella incorporados y en la propia ley”, decía el considerando 74 del voto de la mayoría), y dejaba abierta la puerta para considerar en un juicio ulterior la demostración de una implementación inequitativa en perjuicio de la actora (el mismo considerando dejaba a salvo la posibilidad de contemplar “los eventuales perjuicios que la implementación de la ley pudiera producir respecto de personas distintas a las partes, como son los usuarios y consumidores, quienes podrían por hipótesis hacer valer sus derechos por las vías que correspondan”).

En conclusión, parece que a diferencia de lo que presupone la respuesta ortodoxa, la aplicación sí importa.

Para demostrarlo y explorar este territorio, en el inventario haremos especial consideración de tres “efectos” que podrían ser especialmente observados bajo el prisma de la constitución.

5.1. Punto 6°. Control distributivo

Un primer punto de control al considerar los efectos se articula bajo el criterio de la igualdad. Aquí nos estaremos preguntando si la norma o medida acarrea una injusta asignación o distribución de restricciones o prestaciones del Estado.

La lógica de ubicar este punto de control en este estrato implica que es irrelevante que el espíritu desigualitario sea la expresión o la intención del legislador, porque lo único que importa será si es desigualitario su efecto. Esto último puede ser relevante a la hora de reclamar, y de justificar, acciones positivas de compensación o de “discriminación inversa” para grupos desaventajados.

Ampliar la óptica del examen de constitucionalidad a los efectos distributivos también da sustento teórico a doctrinas bien establecidas como la de la responsabilidad del Estado por su accionar lícito: recordemos que el punto a determinar para elucidar la existencia de un título a compensación era la existencia de un “sacrificio especial” en el demandante (Bianchi 1999:55).

Como comentario anexo, aquí podemos advertir que el parámetro de control de constitucionalidad también tiene una sutil mutación en la medida en que se fue desplazando desde el control exclusivo de medidas restrictivas (el paradigma fundacional del derecho constitucional como un esquema de límites al Estado) al control de equidad en la distribución de medidas que importan beneficios o prestaciones (rol que caracteriza a las variantes modernas del Estado Social de Derecho).

5.2. Punto 7°. Control de proporcionalidad

A la hora de analizar las posibles justificaciones de las reglamentaciones, el criterio que ha adoptado la Corte Suprema Argentina se enmarca en un control “clásico” de razonabilidad (nos referimos aquí a lo que Linares (1970) identificaba como “razonabilidad técnica”) que busca verificar la relación de “adecuación de medio a fin”. En particular, se computarán bajo ese prisma el saldo de sacrificios y ventajas a partir de los derechos constitucionales que puedan estar involucrados, y bajo esa perspectiva quedarán descalificadas las normas que presenten disociación entre medios y fines, o falta de correspondencia entre obligaciones y objetivos.

Junto a ello, las últimas décadas vieron la difusión creciente del parámetro de control a la luz del “principio de proporcionalidad”, adoptado primero por la jurisprudencia de tribunales constitucionales europeos como los de España y Alemania, y luego también por la mayoría de los tribunales latinoamericanos, e incluso por tribunales locales argentinos. Como se resalta en el prólogo a la última edición de la importante obra de Carlos Bernal Pulido sobre el tema, David Beatty (2004:162) ha llegado a proclamar a la proporcionalidad como “un criterio universal de constitucionalidad”, buscando analogías entre tribunales de diversas tradiciones que la asumen como un criterio de decisión.

Bajo este principio de proporcionalidad —que entendemos comprensivo y abarcatorio de la razonabilidad, y que por ello utilizamos para nominar este punto de control— estaríamos evaluando tres subprincipios: la “necesidad” de la ley o medida adoptada, su “adecuación” para tutelar un derecho y su “proporcionalidad *strictu sensu*”.

Adoptando una u otra operatoria, está claro que estos mecanismos de análisis no pueden hacerse cabal y completamente en abstracto, sino que requieren una revisión circunstanciada a la luz de los resultados (comprobados o estimables) de cómo se desenvuelve la aplicación de una norma en esas dimensiones de análisis.

Por tal razón, el control de proporcionalidad es un control que presupone una revisión no “abstracta”, sino “situada”, referencial y contextualizada, de efectos generales y particulares de una norma o accionar estatal. Y esto implica que ya sea en su forma “clásica” de razonabilidad, ya sea la luz del principio de “proporcionalidad” -con su amplio acervo de reglas, fórmulas y criterios identificados por autores como Bernal Pulido (2014), Alexy (1986) o Clérico (2009)- es claro que el control de constitucionalidad moderno no puede considerarse completo sin algún tipo de teoría o metodología de ponderación de derechos.

5.3. Punto 8°. Control de implementación

En el punto del “control de implementación” nos va a interesar la forma en que se está aplicando o ejecutando (o no) la norma. Esto implica que el control no buscará depurar al sistema de una norma írrita por inconstitucional, sino que, presumiendo incluso que se está frente a una norma válida, se estará buscando conseguir precisamente su enforcement en caso de que no se esté observando, o se buscará corregir su implementación en caso de que se la esté ejecutando de modo impropio, inadecuado o inequitativo.

Es por eso que en este plano la impugnación no requiere probanzas de orden conceptual, como el silogismo normativo que se postula al tildar una norma inconstitucional, sino probanzas de orden fáctico, como los patrones de aplicación de la norma que pueda ejecutar la Administración contraviniendo o distorsionando una ley o reglamento, o la exposición de sus efectos adversos o desigualitarios.

Es dable puntualizar y resaltar que bajo este prisma, la doctrina de la arbitrariedad de sentencia puede verse como un caso particular y singular del control de implementación, en lo que concierne a la aplicación judicial de normas legislativas, ya sea que ellas respondan a una aplicación arbitraria o que arrojen un resultado írrito.

En cualquier caso, y volviendo a examinar la posibilidad del control de implementación en general, debe reconocerse que la Corte suele desentenderse de evaluar la constitucionalidad en base a méritos y logros de una medida impugnada. Dice Sagües (2007: 824-825, que cita en tal sentido cita en tal sentido fallos de la Corte Suprema como “Bonfante” —Fallos 288:325—, “Feito García” -Fallos, 299:45-, “Vega” —Fallos 311:1565— y “AFIP” —Fallos, 324:3345—) que “el análisis de la razonabilidad de las leyes, proclama el tribunal, sólo se puede llevar a cabo en el ámbito de sus previsiones; efectuar tal examen sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación importaría valorarlas en función de factores extraños a ellas”.

Ahora bien, este autor plantea la inconsistencia de ese desentendimiento del resultado con la doctrina de la interpretación previsor, que aconseja respecto de una norma, precisamente “considerar sus consecuencias” o “verificar sus resultados”. Y apuntamos que el consecuencialismo hermenéutico no es una doctrina marginal, sino una viga maestra de los criterios interpretativos de la Corte. De forma que la consideración de los resultados, expulsada por la puerta del *self-restraint*, se reintroduce por la ventana de un criterio aplicativo relevante para la jurisdicción.

En consecuencia: aún de modo selectivo y discontinuo, no es imposible predicar la posibilidad de un control “de implementación”, claro que con perfiles actualmente muy desdibujados por una doctrina jurisprudencial que formalmente es negadora de este punto de revisión.

5.4. Digresión: Mas allá del “control de implementación” (¿es posible realizar un “control de eficacia”)

Avanzando un poco más en este punto podremos encontrar la idea de un control de “eficacia”, que aparece de igual forma explícitamente negada por la doctrina constitucional, ya que la Corte entiende que no le corresponde evaluar “el éxito o fracaso del legislador”, sino sólo evaluar la conformidad constitucional de la norma. Una reciente plasmación de ese

criterio aparece en el fallo de la Corte Suprema de 2013 en la causa “Grupo Clarín”, en la que el tribunal decía que no era su función “establecer si la ley n° 26.522 se adecúa a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o de la mejor ley posible, *pues todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces*” (cons. 74 del voto de la mayoría, el subrayado es nuestro).

En primer lugar, una ley manifiestamente ineficaz podría ser descalificable a la luz del examen de proporcionalidad, en tanto aparece comprendido dentro del examen de la “adecuación” o “idoneidad” de la intervención para alcanzar el fin propuesto que es uno de sus tres subprincipios (y por lo tanto aparecería allí subsumido como un caso especial).

Más allá de ello, si una norma es ineficaz al punto que su efecto es frustratorio de derechos constitucionales, no cabe duda de que se podría declarar su inconstitucionalidad.

Concedido ello, debe decirse que en la mayoría de los casos la ineficacia no será manifiesta o extrema. Esto no obsta a que con un criterio de prudencia judicial se pueda establecer un mínimo de realización de derechos exigible (o de “idoneidad”, siguiendo el lenguaje del examen de proporcionalidad)

Es importante tener en cuenta que los análisis de eficacia pueden ser revisados en el tiempo, y por eso reevaluados a la luz de los resultados de la aplicación. Puede conjeturarse por eso que un aval inicial judicial puede ser insostenible si pasado el tiempo la legislación propuesta se revela –a la luz de su aplicación ulterior- claramente inadecuada o restrictiva. Y más allá de la conjetura: un ejemplo muy sugestivo se da en la evolución del criterio del juez Fayt en cuanto a la constitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Este magistrado, que en 1990 votó con la mayoría de “Montalvo” para validar el tipo penal incriminante, luego cambia su criterio y suscribe el fallo “Arriola” de 2009

para sostener su inconstitucionalidad. En su voto particular en esta causa, Fayt explica en su voto (cons. 12) que

las lecciones de la experiencia conducen a realizar una serie de consideraciones acerca de la validez de una norma que, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido irrazonable, pues - como seguidamente se expondrá- no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción.

Estos nuevos datos de la realidad -transcurridos veintitrés años desde el dictado de los fallos "Capalbo" y "Bazterrica" (disidencia de los jueces Caballero y Fayt en relación al antiguo texto legal, Fallos: 308:1392)- conducen a una revisión de la doctrina allí sentada, en tanto indican con el rigor que una posible declaración de inconstitucionalidad -como ultima ratio- requiere, la ineficacia de aplicar sanciones penales o inculpar a la mera tenencia con el objeto de combatir el flagelo de la drogadicción.

En efecto, si bien la limitación del derecho individual no lucía irrazonable en su génesis y primer desarrollo, de los nuevos datos y otros no tan evidentes en los años '80 y '90, resulta la necesidad de reconsiderar, como se dijo, la doctrina sentada en el precedente.

Del voto citado se desprende la posibilidad del reexamen que Fayt realiza, no considerando los aspectos jurídicos o lógicos del encuadre de la legislación impugnada, sino evaluando explícitamente sus efectos, y –en lo que aquí nos importa- su pérdida de eficacia como un factor decisivo para el balance de restricciones.

6. Controles “*praeter norma*”

En el control de constitucionalidad más clásico se suele pensar la labor judicial siempre en relación a una norma, sea legal o reglamentaria, que es impugnada por inconstitucional. Pero ese planteo, si bien se mira, es demasiado estrecho para contener las implicancias de la fuerza normativa de la constitución. Por eso identificamos como controles “*praeter norma*” a aquellos que amplían el campo de referencia del análisis a una ley efectivamente sancionada y sus efectos.

En este último estrato de controles cabrá tener en cuenta, como matiz enriquecedor de estos puntos de control, el llamado “efecto horizontal” de la constitucionalización: el hecho de que la supremacía constitucional también se proyecta sobre actos de particulares, como quedó sentado en nuestra jurisprudencia desde 1958 a partir del caso “Samuel Kot S.R.L.” en relación al amparo.

6.1. Punto 9°. Control de desarrollo normativo

Una primera dimensión de esos controles es la conocida cuestión de la posibilidad de plantear una inconstitucionalidad “por omisión”. Al hablar del contenido esencial de los derechos, Juan Cianciardo razona que hay allí algo más que un “papel de barrera de las intromisiones legislativas en los derechos constitucionales” y —siguiendo a Peter Haberle (1997:163-252, que apuntaba que junto a la función “defensiva” del contenido esencial se encuentra otra que el denominaba “ofensiva)— advierte que ese concepto puede verse tanto como “una garantía frente a su limitación inconstitucional” (el tema que nos ocupaba en el tercero de los puntos de control que aquí presentamos) como “un mandato al legislador para que promueva los derechos fundamentales” (Cianciardo 2007:276-278).

La temática del planteo de “inconstitucionalidad por omisión” que se deriva de ello ha sido clásicamente discutida en el caso de cláusulas constitucionales de las que se postulaba una formulación “programática” (que se presuponían judicialmente no exigibles) por oposición a las

“operativas” (que, por el contrario, sí podían ser invocadas en un litigio en caso de incumplimiento o transgresión). Luego de años en que cierta doctrina mantenía esta peculiar distinción, dándole la espalda a una visión de los derechos sociales como derechos exigibles, el tema fue objeto de un análisis renovado en el fallo “Q. C.” de la Corte Suprema de Justicia, a propósito del derecho a la vivienda, en el que se acuñó el concepto de cláusulas “de operatividad derivada”. Se trata de normas en las que el tribunal reconoce que “en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación”, pero asumiendo que si bien a partir de ello “no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno”, su carácter es efectivamente judicial en tanto “están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial” (“Q.C.”, 2012). Más allá de la conclusión del caso, queda claro a partir de este fallo que no hay cláusulas de sentido testimonial, sino que todas las normas constitucionales tienen fuerza normativa.

Desde otro ángulo, un importante fallo reciente la Corte Suprema de la Nación puede leerse como una consagración explícita de este control de realización, en relación a la coparticipación municipal. En “Intendente Municipal Capital s/ amparo” (2014), la Corte acogió un recurso del Intendente de la Ciudad de La Rioja para que el Superior Tribunal de Justicia provincial se pronuncie sobre la omisión de esa provincia en dictar una ley de coparticipación municipal. Haciendo hincapié en el mandato de autonomía municipal dado en el artículo 123 que la reforma de la Constitución Nacional introdujo en 1994, del cual se deriva que cada provincia debe acordar su modelo de coparticipación con los municipios, la Corte reconoció la dificultad de llegar a esos consensos, pero habida cuenta del tiempo transcurrido advirtió que “los mandatos de la Constitución no pueden quedar subordinados a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos”. Otros precedentes recientes dan cuenta de casos en donde la Corte ha exhortado al legislador a disponer una reglamentación, como lo hizo en

relación al tema de la publicidad oficial en la causa “Editorial Río Negro” de 2007, y como lo hizo en relación al tema de acceso a la información pública en la causa “CIPPEC” resuelta en 2014.

En suma, con la afirmación del carácter operativo de las obligaciones constitucionales, y con el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión, la Corte argentina ha dado carta de ciudadanía a este punto de control de “desarrollo normativo”.

6.2. Punto 10°. Control estructural

El control estructural trasciende el confornte normativo ya a una escala mucho más amplia. Implica un ejercicio activista de la jurisdicción, que no es libérrimo o aventurado, sino que se justifica toda vez que la cuestión planteada no concierna a un acto, evento, norma o hecho específico y singular, sino a causas estructurales subyacentes. Como apunta Owen Fiss.

El proceso no se centrará en el caso del niño negro rechazado por una escuela de blancos o en el acto individual de brutalidad policial, pese a que estos incidentes hayan dado lugar al proceso o puedan constituir prueba de actuaciones ilegales o de un “patrón o práctica” racista. El objeto primigenio del juicio estructural y de la investigación judicial que éste implica no se centra en estos incidentes, concebidos como eventos particulares y discretos, sino en una condición social que amenaza valores constitucionales importantes y en la dinámica organizacional que crea y perpetúa tal condición. (Fiss 2007:48)

Es sugestiva y sintética la expresión del “estado de cosas inconstitucional”, acuñada por la Corte Constitucional de Colombia, que en su primer *racconto* sistemático del concepto reportaba en la T-153 de 1998 que

Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general - en tanto que afectan a multitud de personas -, y cuyas causas sean de naturaleza estructural - es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

Podemos citar como casos de control “estructural” el proceso de implementación de la desegregación escolar iniciado por la Corte de los Estados Unidos a partir del caso “Brown v. Board of Education” de 1954, y en la jurisprudencia de la Corte Argentina contemporánea, los casos “Verbitsky” (2005) sobre situación carcelaria en la provincia de Buenos Aires y “Mendoza” (2008) sobre la situación ambiental del Riachuelo Matanza.

En el litigio estructural, dice Owen Fiss (2007:39), la tarea consiste en remover la condición social que amenaza los valores constitucionales, y la etapa de los remedios está lejos de ser episódica.

Las medidas dispositivas trascienden la mera descalificación normativa y pueden implicar una compleja combinación de mandatos y exhortaciones, empezando por la promulgación de medidas legislativas, administrativas y/o presupuestarias que permitan superar el problema detectado, pero involucrando también un proceso de *micromanagement* judicial de revisión de prácticas estatales (políticas, planes y programas) que garanticen de manera adecuada los derechos cuyo goce efectivo depende de la superación del estado de cosas inconstitucional.

7. Conclusiones

Reiteramos que este repertorio o catálogo no está planteado con pretensión de exhaustividad, sino que busca demostrar la complejidad y diversidad de verificaciones y que se han ido incorporando, en sucesivas

capas y modos de análisis, a la lista de tareas potenciales del operador que ejecuta un “control de constitucionalidad”.

A modo de conclusión, señalaremos tres puntos esenciales: en primer término, la imposibilidad de una teoría unificada; en segundo lugar, la imposibilidad de una teoría disociada; y, en tercer término, la necesidad de una teoría integradora.

7.1. Imposibilidad de una teoría “unificada”

Una de las conclusiones básicas que surgen a partir de las muy sucintas descripciones es que cada uno de los “puntos de control” responde a una lógica distinta, y evalúa aspectos distintos de una norma. En cada punto de control pueden operar cargas probatorias diversas y exigencias interpretativas disímiles. También puede implicar que en función de ello se prediquen distintas pautas para determinar la legitimación y para discernir los “remedios” apropiados para cada problema.

Esto debería ser una advertencia contra la tentación de usar irreflexiva o promiscuamente conceptos y categorías que se han construido tradicionalmente en un estrato determinado de estos puntos de control para aplicarlo a otro.

El corolario obvio de ello es que no se puede pretender establecer una teoría “uniforme”: utilizar un modo homogéneo o general para pensar el control de constitucionalidad como una tarea monolítica y teóricamente monótona, sino que se debe asumir que debajo de esa expresión unificadora aparece un desglose de muchos controles que, a modo de *checklist*, debe superar una norma para postular su integración al ordenamiento.

7.2. Imposibilidad de una teoría “disociada”

El hecho de que estos controles puedan y deban abordarse en forma separada no significa que deban ser disociados, aislados, o tabicados en compartimientos conceptuales estancos. Y es que creemos que, a pesar de

que hemos seguido una enumeración lineal, estos puntos de control son, en verdad, convergentes, correlativos y sinérgicos.

Por ejemplo, la mirada propuesta en el control “estructural” presupone y se enriquece a partir de análisis y circunstancias que son paradigmáticas de otros estratos de control, como las propias del control de formación, de contenidos o de implementación.

Esta misma vinculación puede formularse en diversos sentidos y esto nos lleva, directamente, a la conclusión que exponemos en nuestro último punto.

7.3. Necesidad de una teoría integradora

A la luz de estas imposibilidades es pertinente preguntarse cuál tipo de teoría debe ser la teoría del control de constitucionalidad. Aunque una descripción completa de esa teoría excede notoriamente el alcance de este trabajo, creemos pertinente que el control de constitucionalidad debe rearticularse en una teoría integradora, que pueda dar cuenta de

- el elenco y la caracterización de los puntos de control propuestos,
- los elementos comunes y diferenciales de los puntos de control propuestos y su caracterización (por ejemplo, su carácter necesario o contingente),
- la justificación del sentido y alcance del control susceptible de adscribirse a cada estrato y punto de control,
- la identificación del estándar o criterio que se pueda aplicar en cada punto de control,
- las alternativas de *enforcement* o remediación que puedan asociarse a los puntos de control propuestos.
- las posibilidades de reforma constitucional que permitan un manejo más adecuado de los puntos de control cuya operatoria hoy está dada por criterios básicamente pretorianos.

8. Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (1986). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (2ª. reimp., 2001).
- Beatty, D. (2004). *The ultimate Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 4ª ed.
- Bianchi, A. B. (1989). *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa*, Buenos Aires: Ábaco.
- Ciampiardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos*, Buenos Aires: Ad Hoc.
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba. [Edición en español de Clérico, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlag. 2001]
- Courtis, C. (comp.) (2006). *Ni un paso atrás. El principio de no regresividad de los derechos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Fiss, O. (2007), *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 48. Trad. de Esteban Restrepo Saldarriaga del original de Fiss (2003), *The law as it could be*, New York: New York University Press.
- Gargarella, R. (2014). “Un debate de ficción en el Congreso”, en *La Nación*, 6 de noviembre de 2014, p. 29. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1741599-un-debate-de-ficcion-en-el-congreso>

- Haberle, P. (1997), *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. (trad. de C. Ramos).
- Linares, J. F. (1970), *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*. 2ª ed. (reimpr. 2010). Buenos Aires: Astrea .
- Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.
- Sagües, N. P. (2007), *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea.

8.1. Jurisprudencia

8.1.1. De la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Fallos listados por orden alfabético. Se incluye la referencia a la Colección oficial de “Fallos” cuando está disponible, y en su defecto la fecha de la sentencia.

- Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A., Fallos 327:3753 (2004)
- Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080, Fallos: 332:1963 (2009)
- Asociación de Trabajadores del Estado c. Municipalidad de Salta, causa A. 598. XLIII, fallo del 18/06/2013.
- CIPPEC c/ Ministerio de Desarrollo Social, Causa C. 830. XLVI, fallo del 26/03/2014.
- Compañía Azucarera Tucumana S.A. c. Provincia de Tucumán, Fallos 143:131 (1924)
- Cullen c. Llerena, Fallos 53:320 (1893).
- Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén, Fallos 330:3908 (2007).
- Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ acción meramente declarativa, Causa. 336: G. 439, fallo del 29/10/2013.

Intendente Municipal Capital s/ amparo, Causa I. 150. XLVIII, fallo del 11/11/2014.

Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros, Fallos 331:1622 (2008)

Nobleza Piccardo S.A. c/ Estado Nacional-DGI, Fallos 321:3487 (1998)

Petrus S.A. de Minas c. Nación Argentina, Fallos 210:855 (1948)

Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, Fallos 335:452 (2012).

Samuel Kot S.R.L., Fallos 241:291 (1958)

Soria de Guerrero c. Bodegas y Viñedos Pulenta Hermanos, Fallos 256:556 (1963)

Verbitsky, Horacio, 03/05/2005, Fallos 328:1146 (2005)

8.1.2. De otros Tribunales

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153 de 1998.

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)

DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO¹

Abog. Nicolás Emanuel Olivares

*La democracia es el
gobierno por discusión pública y
no sólo la imposición de la
voluntad mayoritaria*

(Holmes, 1999: 236).

1. Introducción

En el marco del cumplimiento de uno de los objetivos específicos planteados en la investigación científica en curso efectuada para la construcción de la tesis doctoral “Presidencialismo, democracia deliberativa y teoría no ideal”, es que ha devenido necesario analizar la interacción conceptual existente entre la teoría democrática deliberativa y las teorías constitucionales contemporáneas que promueven una mayor participación ciudadana en la definición e interpretación de las normas fundamentales.²

En dicho marco conceptual, hemos podido constatar que en los últimos 15 (quince) años, Robert Post y Reva Siegel han desarrollado una nueva teoría constitucional a la que han denominado “constitucionalismo democrático” (Post y Siegel, 2013). La misma intenta constituirse en una instancia conceptual superadora de las teorías constitucionales

¹ Agradezco a los integrantes del Seminario de Lectura en Teoría Constitucional del CIJS-UNC, Edición 2014, por las observaciones formuladas a una versión preliminar del presente trabajo.

² Dicha investigación doctoral está en sus etapas finales y ha sido llevada a cabo en el foro académico de la Facultad de Derecho y C.S S.C. de la UNC, con el financiamiento económico y tutela científica del CONICET. El objetivo específico al que aquí aludimos es el siguiente: 1) *Conceptualizar y contrastar las distintas concepciones habidas en torno al concepto de democracia deliberativa.*

conservadora, elitista y populista. Ahora bien, ¿de qué modo relaciona dicha teoría a los ideales de democracia y constitución?

A los fines de hallar una respuesta, al menos provisoria, a dicho interrogante central intentaremos: a) explicitar cuáles son los presupuestos de la teoría que se ha dado en llamar constitucionalismo democrático; b) definir a la democracia deliberativa, siendo ella la concepción democrática desde la cual analizaremos al constitucionalismo democrático; y c) evaluar si dicha teoría cumple con los requisitos impuestos por aquella concepción.

2. ¿Qué debemos entender por constitucionalismo democrático?

2.1. ¿Qué tipo de teoría constitucional?

El constitucionalismo democrático: ¿es una teoría interpretativa o sustantiva? Consideramos que este interrogante admite al menos tres respuestas.

Una primera respuesta implicaría sostener que el constitucionalismo democrático constituye una teoría constitucional interpretativa, relativa a cómo y quienes deben interpretar la norma fundamental de una Nación. Dicha teoría brindaría un esquema normativo interpretativo adaptable a distintas concepciones constitucionales sustantivas.

Una segunda respuesta conllevaría afirmar que el constitucionalismo democrático debe ser definido como una teoría constitucional compleja o híbrida; es decir, no meramente interpretativa sino también sustantiva.

Una tercera respuesta podría señalar que el constitucionalismo democrático constituye una teoría sustantiva no interpretativa, la cual defiende exclusivamente valores políticos específicos y que brinda un esquema sustantivo adaptable a distintas concepciones constitucionales interpretativas. Esta tercera postura sostiene que la interpretación constitucional es meramente una cuestión de técnica (un cómo) que se

insufla de determinado contenido normativo dependiendo de cuál teoría constitucional sustantiva se adopte.

A su vez, quienes asuman tanto la segunda o tercera postura, aún debieran discutir si el constitucionalismo democrático admite ser clasificado como una teoría sustantiva de tipo progresista radical, progresista moderada, conservadora moderada, o conservadora radical.

¿Cómo pueden conceptualizarse dichas teorías? Una posible manera de definir las es la siguiente:³

1. sustantiva progresista: toda teoría constitucional que tenga por fin o meta principal, aunque no única ni última, gestar permitir, posibilitar, y/ o producir reformas o cambios en los ideales y correlativas prácticas constitucionales y que tiene por sujeto principal de cambio a los ciudadanos, individual o colectivamente considerados.

1.a. progresista moderada: incluye como fin secundario el de mantener la estabilidad de las normas constitucionales e incluyen como sujetos en diálogo a todos los actores políticos.

1.b. progresista radical: sostiene que el ciudadano tiene la última palabra y los demás actores políticos deben prestar deferencia a sus consideraciones.

2. sustantiva conservadora: tiene por fin o meta principal, aunque no única ni última, mantener, consolidar, y/ o proyectar los ideales y correlativas prácticas constitucionales existentes, y tienen por sujeto principal a los jueces.

2.a. conservadora moderada: incluye ciertas vías de cambio constitucional (interpretación, reconsideración) y consideran como una voz secundaria a los reclamos populares.

³ A los fines de acceder a otra posible definición de las teorías constitucionales sustantivas, véase: Gargarella, 2011: 67-15.

2.b. conservadora radical: sostiene mediante argumentos morales y/o epistémicos que los jueces constituyen los únicos actores principales, siendo la única vía de cambio normativo la reforma constitucional.⁴

En este marco teórico, cabe destacar que el constitucionalismo democrático expresamente se enfrenta en términos normativos a las teorías conservadoras. Atento lo cual, la discusión quedaría acotada a determinar si el constitucionalismo democrático debe ser entendido como una teoría moderada o radical, pero progresista al fin.

Atendiendo a dichos tipos de respuesta y sus matices, buscaremos precisar qué tipo de teoría es el constitucionalismo democrático, es decir en cual de dichas clasificaciones cabe colocarlo. A los fines de esta empresa, explicitaremos las consideraciones vertidas por: a) R. Post y R. Siegel; y b) L. G. Jaramillo. Finalmente explicitaremos nuestra propia perspectiva.

2.2. La perspectiva de R. Post y R. Siegel

Por su parte, R. Post y R. Siegel sostienen que su trabajo debe ser definido como de tipo descriptivo o explicativo y no así prescriptivo o normativo. Dichos autores señalan que su objetivo es acotado y consiste en analizar cuál es el método interpretativo de la constitución norteamericana, ofreciendo así un modelo teórico explicativo de cómo realmente funcionan los tribunales estadounidenses (Post y Siegel, 2013: 32, 44).

Dichos autores sostienen que la vía para determinar cuál es el significado que deben asumir las normas constitucionales es mediante los reclamos sociales y demás demandas o planteos ciudadanos frente a sus representantes electos (Post y Siegel, 2013: 33). En este sentido, R. Post y R.

⁴ Por un lado, como autores emblemáticos de las teorías aquí definidas pueden citarse a: progresista moderada (R. Dahl, J. H. Ely, A. Bickel, B. Ackerman); progresista radical (J. J. Rousseau, L. Kramer, J. Waldron, M. Tushnet); conservadora moderada (J. Madison, A. Hamilton, C. Sunstein); conservadora radical (E. Burke, A. Fergusson, J. Locke). Al respecto, véase: Gargarella, 2011: 67-15. Por otro lado, así como pueden clasificarse las teorías constitucionales sustantivas en progresistas y conservadoras, también así puede procederse con las teorías constitucionales interpretativas (Post y Siegel, 2013: 9-12).

Siegel señalan que la legitimidad de las normas políticas depende de la confianza que los ciudadanos manifiesten en relación a la existencia de sensibilidad democrática por parte del ordenamiento constitucional (Post y Siegel, 2013: 33-34). Los ciudadanos mantendrán su lealtad a dicha norma fundamental en tanto sea posible persuadir a sus conciudadanos y representantes de cuales valores políticos y que significados deben adoptarse (Post y Siegel, 2013: 33-34).

Dichos autores afirman que la legitimidad democrática depende de que el hiato, existente entre las concepciones constitucionales profesionales y populares, sea lo más reducido y temporal posible (Post y Siegel, 2013: 51). De este modo, el constitucionalismo democrático se piensa a sí mismo como una instancia teórica explicativa que intenta descifrar como puede establecerse una genuina mediación entre los ideales de sensibilidad popular o democrática (valores constitucionales propuestos por ciudadanos) y juridicidad o legitimidad jurídica (valores constitucionales defendidos por judiciales) (Post y Siegel, 2013: 56-59).

R. Post y R. Siegel señalan que las técnicas interpretativas responden siempre a una determinada concepción constitucional sustantiva (Post y Siegel, 2013: 38-40). De este modo, R. Post y R. Siegel sostienen que debe predicarse la unión entre método interpretativo general y perspectiva constitucional sustantiva. El método interpretativo general no debe reemplazar ni obstaculizar la concepción constitucional sustantiva (Post y Siegel, 2013: 40-41).

Dichos autores señalan que el constitucionalismo democrático en tanto concepción constitucional progresista debe ser distinguida de otras dos posturas también progresistas (Post y Siegel, 2013: 43, 51).

Por un lado, no coincide con el constitucionalismo popular, defendido por autores tales como L. Kramer, y B. Friedman, teoría conforme la cual los ciudadanos son los últimos y únicos intérpretes de la constitución nacional. Los representantes políticos deben ser completamente deferentes a dichas interpretaciones, incluso si atender a las mismas implica ir contra los

actuales preceptos constitucionales, generando su modificación o reforma (Post y Siegel, 2013: 119-120).

El constitucionalismo democrático coincide con el constitucionalismo popular en que la legitimidad del derecho constitucional depende de que los significados de sus normas sean respetuosos de la cultura ciudadana (Post y Siegel, 2013: 121). Sin embargo, el constitucionalismo democrático rechaza la tesis de que la revisión judicial y el constitucionalismo popular sean mutuamente excluyentes (Post y Siegel, 2013: 121). No solo serían compatibles sino que deben articularse dialécticamente (Post y Siegel, 2013: 121), para posibilitar "...un equilibrio viable entre el estado de derecho y la autoridad del pueblo para referirse a cuestiones de significado constitucional (Post y Siegel, 2013: 122).⁵

El constitucionalismo democrático también rechaza la tesis defendida por el constitucionalismo popular conforme la cual ciertos derechos constitucionales limitan la democracia. Por el contrario, el constitucionalismo democrático considera que la democracia y el constitucionalismo deben ser concebidos como ideales compatibles y complementarios (Post y Siegel, 2013: 129).

Por el otro, difiere del minimalismo judicial, propugnado por consagrados teóricos tales como C. Sunstein, señalan que las cláusulas constitucionales deben ser interpretadas de manera restrictiva por los magistrados, a los fines de evitar una indebida ingerencia de los jueces en asuntos que deben definir los poderes políticos (legislativo y ejecutivo).

El minimalismo judicial propuesto por C. Sunstein sostiene que los jueces deben adoptar decisiones que en sus alcances sean: a) acotadas, limitadas, de aplicación restringida; y b) graduales, progresivas, escalonadas (Post y Siegel, 2013: 79). Los argumentos normativos sobre los

⁵ R. Post y R. Siegel señalan que "El constitucionalismo popular y la supremacía judicial son mutuamente excluyentes sólo si imaginamos que la democracia es, en el fondo, una manera bruta de sumar preferencias, del tipo de las que subyacen a algunas justificaciones crudas del mayoritarismo. Pero si la democracia consiste en cambio en la realización del complejo valor sustantivo del autogobierno colectivo, tenemos que ocuparnos de las condiciones bajo las cuales los individuos participan en la formación discursiva de la voluntad popular" (Post y Siegel, 2013: 129-130)

cuales deben las sentencias justificarse no deben ser aquellos relativos a la unívoca y correcta interpretación o balance de tales o cuales principios últimos del derecho, sino deben partir de acuerdos provisorios e incompletamente teorizados sobre el significado de las normas (Post y Siegel, 2013: 79).

El minimalismo judicial, puede ser entendido de dos formas distintas. En primer lugar, puede ser interpretado como un enfoque normativo cuya validez será contingente al contexto específico en el cual desee aplicarse (Sunstein, 1999: 50). En segundo lugar, puede ser interpretado como un enfoque normativo válido para todo contexto (Sunstein, 2005: xi). Esta segunda concepción del minimalismo judicial, señala que dicho enfoque se enfrenta a otros tres enfoques constitucionales principales, a saber: fundamentalismo, perfeccionismo, y mayoritarismo (Sunstein, 2005: xii-xiii).⁶

Conforme R. Post y R. Siegel, el minimalismo judicial de C. Sunstein adopta una visión juriscéntrica conforme la cual la toma de decisiones judiciales resulta incompatible con la toma de decisiones democráticas. En otras palabras, la tutela judicial de ciertos derechos implica sustraer a los ciudadanos la potestad de definir su contenido mediante un proceso público de discusión democrática (Post y Siegel, 2013: 81). Por el contrario, el constitucionalismo democrático considera que los procesos decisorios judicial y democrático son compatibles y complementarios (Post y Siegel, 2013: 82). De este modo, “...el constitucionalismo democrático...explora la profunda e inevitable interdependencia entre el derecho constitucional y la política...sugiere...que...el derecho constitucional encarna un nomos, y la

⁶ R. Post y R. Siegel señalan que C. Sunstein (1999: 47-53) estipula cinco (5) razones para justificar la adopción del minimalismo judicial, a saber: 1) reduce los costos del proceso judicial de toma de decisiones jurídicas; 2) reduce los costos devenidos de aquellos errores producidos como consecuencia de adoptar fallos desacertados; 3) reduce las dificultades epistémicas derivadas del reconocimiento de que los magistrados actúan en contextos de racionalidad limitada; 4) atiende adecuadamente al fenómeno del pluralismo razonable vigente en las sociedades democráticas actuales; y 5) asigna al proceso democrático un lugar preponderante en la definición de significados constitucionales, los cuales siempre deben considerarse provisionales (Post y Siegel, 2013: 80).

fidelidad a ese *nomos* requiere un compromiso tanto jurídico como político” (Post y Siegel, 2013: 118).

Así también, el minimalismo judicial considera valioso evitar el conflicto social para promover una interacción política solidaria y cooperativa (Post y Siegel, 2013: 82). Dicho enfoque recomienda a los jueces desarrollar acuerdos provisorios e incompletamente teorizados. En contraposición, el constitucionalismo democrático sostiene que el conflicto social es valioso e incluso su adecuado encausamiento posibilita la cohesión y estabilidad social (Post y Siegel, 2013: 108-110).

El constitucionalismo democrático señala que la definición del significado de los derechos constitucionales debe ser entendida como un proceso histórico de luchas sociales que parten de ciertas concepciones políticas o prácticas comunes (Post y Siegel, 2013: 82-84). Atento lo cual, la estrategia de emplear acuerdos incompletamente teorizados podría ir contra sus propios fines de promover un mayor compromiso y estabilidad. En palabras de los autores, “El minimalismo por lo tanto debilitaría las prácticas de compromiso deliberativo que el constitucionalismo democrático identifica como fuentes potenciales de estabilidad social.” (Post y Siegel, 2013: 84).

Así también, el constitucionalismo democrático si bien otorga un rol preponderante a los jueces, se opone a aquellas concepciones constitucionales conservadoras que otorgan al poder judicial el rol de ser la última y única palabra, y promueven con ello un profuso activismo de la magistratura (Post y Siegel, 2013: 51).

Atento la clasificación efectuada en II.1., R. Post y R. Siegel considera que el constitucionalismo democrático debe ser entendido como una teoría constitucional explicativa-descriptiva, interpretativa-sustantiva, de tipo progresista moderada.

2.3. El enfoque de L. G. Jaramillo

A su turno, L. G. Jaramillo señala que el constitucionalismo democrático no constituye una teoría en sentido estricto (Post y Siegel, 2013: 12), sino que debe ser definido como un movimiento que no solo tiene pretensiones descriptivas, sino también normativas (Post y Siegel, 2013: 14). En apoyo de esta última tesis, L. G. Jaramillo sostiene que el constitucionalismo democrático defiende ciertos valores o principios políticos constitucionales, entre ellos el de frenos y contrapesos (Post y Siegel, 2013: 15).

L. G. Jaramillo, destaca que conforme R. Post y R. Siegel, el constitucionalismo democrático se asienta sobre dos criterios normativos centrales, a saber: a) legitimidad; y b) sensibilidad democráticas (Post y Siegel, 2013: 34). El primero de ellos (legitimidad), se conecta con el principio de estado de derecho, el cual a su vez se compone de los estándares de legalidad y seguridad jurídica, y sostiene que toda norma o medida política debe ser conteste con la constitución nacional. El segundo criterio (sensibilidad), parte de una perspectiva popular de los valores constitucionales y sostiene que los diseños institucionales de la constitución deben ser sensibles a los reclamos, demandas y planteos de la ciudadanía (Post y Siegel, 2013: 12).

El constitucionalismo democrático propone el diálogo entre poderes constituidos y ciudadanía, rechazando la tesis de que el poder judicial posee la última y la única palabra en materia de interpretación de derechos. Sin embargo, otorga al poder judicial un rol preponderante en la traducción de reclamos sociales en derecho positivo e incluso defiende el control judicial de constitucionalidad (Post y Siegel, 2013: 14). Desde la perspectiva del constitucionalismo democrático, el control judicial de constitucionalidad, es uno entre varios controles, y no se erige en la única ni última voz en materia de sanción e interpretación constitucional (Post y Siegel, 2013: 19).⁷

⁷ ¿Cuáles son las razones que pueden esgrimirse a favor de dicho rol preponderante del poder judicial en el contexto latinoamericano? L. G. Jaramillo sostiene

Atento la clasificación efectuada en II.1., L. G. Jaramillo considera que el constitucionalismo democrático debe ser entendido como un movimiento constitucional, normativo-prescriptivo, sustantivo, de tipo progresista moderado.

2.4. Nuestra perspectiva

Coincidimos con R. Post y R. Siegel en que el constitucionalismo constituye una teoría constitucional democrática de tipo progresista y que postula un tipo de interacción política dialógica. Al respecto de esta precisión, consideramos suficientes las consideraciones vertidas en II.2. y II.3. Sin embargo, frente a la discusión acerca de si el constitucionalismo democrático constituye una teoría meramente explicativa-descriptiva, o también normativa-prescriptiva, optamos junto con L. G. Jaramillo por la segunda de dichas opciones.

Por otro lado, en lo referido a la discusión acerca de si el constitucionalismo democrático debe considerarse una teoría meramente interpretativa, interpretativa-sustantiva, o bien puramente sustantiva consideramos que la segunda de dichas opciones es la correcta. Al respecto, los autores sostienen que a los fines de que se imponga la postura progresista que defienden no alcanza con asumir una determinada teoría de la interpretación constitucional sino que también debe adoptarse una concepción constitucional sustantiva (Post y Siegel, 2013: 32).

En tercer lugar, queda por clarificar si el progresismo propugnado por el constitucionalismo democrático asume tintes moderados o radicales. En este aspecto resulta claro que dicha teoría adhiere a un progresismo moderado. En defensa de esta afirmación puede señalarse que: a) se le

que los magistrados nos protegen a los derechos constitucionales de los abusos de poder efectuados por: a) pequeños en número pero muy poderosos grupos corporativos de interés; y b) decisiones populares mayoritarias irrazonables (Post y Siegel, 2013: 15-16). Ahora bien, ¿en qué consiste dicho contexto? L. G. Jaramillo señala que nuestras democracias constitucionales padecen, al menos dos males, a saber: a) las normas emitidas por el poder legislativo en reiteradas ocasiones vulneran principios constitucionales; y b) el poder ejecutivo es ineficiente e ineficaz en su tarea de garantizar la plena observancia de los derechos fundamentales (Post y Siegel, 2013: 17).

brinda un rol principal a los jueces como intermediarios entre los significados populares y los significados profesionales de las normas constitucionales; y b) se rechaza la concepción constitucionalista populista, la cual propugna que los poderes constituidos deben ser siempre deferentes a las opiniones ciudadanas.

Finalmente, atento la clasificación conceptual efectuada anteriormente (II.1.), asumiremos la tesis de que el constitucionalismo democrático debe ser entendido como una teoría constitucional, descriptiva-normativa, interpretativa-sustantiva, de tipo progresista moderada.

3. ¿Cumple el constitucionalismo democrático con los estándares normativos de la democracia deliberativa?

3.1. El concepto de democracia deliberativa

Una vez definido el concepto de constitucionalismo democrático, cabe atender a un segundo interrogante, a saber: ¿cumple dicha teoría con los estándares normativos de corrección impuestos desde una concepción deliberativa de la democracia?

Antes de responder a dicho interrogante debemos definir que entendemos por democracia deliberativa, o más precisamente debemos explicitar cuáles son los criterios normativos que la democracia deliberativa impone toda teoría constitucional debiera cumplir. En cuanto al concepto de democracia deliberativa, sostendremos aquí que el mismo se compone de, al menos, tres tesis normativas, sobre las siguientes nociones políticas: legitimidad, sujeto, e interacción.⁸ Dichas tesis a su vez imponen determinadas limitaciones a toda teoría constitucional. Veamos con algo más de detalle.

1. Legitimidad política: Toda norma o medida política debe

⁸ Los elementos aquí estipulados constituyen el contenido de la que puede considerarse una definición mínima del concepto de democracia deliberativa. En respaldo de la inclusión de dichos elementos pueden citarse los siguientes trabajos: Martí, 2006; Gargarella, 1995; Gutmann, y Thompson, 1996; Gutmann, y Thompson, 2004; J. Rawls, 1996; C. S. Nino, 1997; J. Habermas, 1998, entre otros.

justificarse mediante un procedimiento público de deliberación ciudadana en el cual se intercambien razones públicas y moralmente aceptables. De este modo la legitimidad política depende de la calidad de las razones esgrimidas en la arena política. Las normas o medidas políticas a adoptar no son las que más votos obtienen, o bien las que se amparan en determinados reclamos sociales concretos, sino aquellas que se sustentan en la razonabilidad moral de los argumentos ofrecidos por los sujetos intervinientes en la deliberación.

2. Sujeto político: Los sujetos que intervienen en dicho proceso deliberativo serán todos aquellos ciudadanos que sean considerados afectados por la norma o medida política sujeta a deliberación. En otras palabras, los sujetos deliberativos son de tipo individual y no colectivo, y sus preferencias no deben ser consideradas como fijas o estáticas sino dinámicas, abiertas, sujetas a transformación.

3. Interacción política: El tipo de interacción política que debe mediar entre los ciudadanos, entre ellos y sus autoridades democráticas, así como entre autoridades democráticas, es de tipo cooperativa-dialógica. Las funciones desempeñadas por legisladores, presidentes o primeros ministros, y magistrados, deben ser definidas en términos cooperativos y dialógicos. La concepción deliberativa de la legitimidad democrática de las normas y medidas políticas sostenidas desde uno o más poderes del Estado, rechaza entonces la interacción agonial, en la cual cada poder constituido debe defenderse del embate de los otros.

3.2. Los criterios deliberativos incumplidos por el constitucionalismo democrático

Una vez definidos los conceptos de constitucionalismo democrático y democracia deliberativa, ya estamos en condiciones de responder un segundo interrogante: ¿cumple el mismo con los estándares ideales de corrección impuestos desde una concepción deliberativa de la democracia? Nuestra respuesta ante el mismo es negativa. Pero, ¿cuáles son los estándares deliberativos incumplidos? Consideramos que son al menos cuatro (4), a saber:

1) Una concepción agonal de la interacción política: El constitucionalismo democrático se propone a sí mismo como una concepción constitucional dialógica, sin embargo no desafía la concepción agonista del poder propio del constitucionalismo del siglo XIX que usualmente conocemos como el sistema de frenos y contrapesos impreso en las constituciones liberales de aquella centuria (Gargarella, 2014: 152). El respeto y valoración de dicho esquema normativo agonista, vuelve a la pretensión cooperativa y dialógica del constitucionalismo democrático, como una postulación retórica, incoherente o inconsistente. En otras palabras, que todo mecanismo de diálogo inter-poderes que se inserte en un marco constitucional agonístico tendrá efectos deliberativos limitados, escasos, o nulos (Gargarella, 2014: 123).

2) Una concepción colectivista del sujeto político: El constitucionalismo democrático se sustenta sobre la existencia de un particular *ethos* o *nomos* democrático propio de cada sociedad o comunidad política que expresa una específica identidad nacional y se halla inscrita en su derecho positivo. El hecho de hacer depender la aceptabilidad o legitimidad de ciertas normas o medidas políticas de su adecuada correspondencia con un determinado *ethos* común resulta a todas luces controversial desde una concepción de la democracia cuyo sujeto es individual y no grupal. Como bien lo ha indicado Gargarella, recordando las teorizaciones de C. S. Nino, la democracia deliberativa es una concepción democrática individualista (no colectivista) (Gargarella, 1995: 1-3).

3) Una concepción legalista de la legitimidad: El constitucionalismo democrático considera que el concepto de autoridad democrática se desdobra en dos requisitos: sensibilidad democrática y legitimidad jurídica. El primero, es de tipo empírico, se conecta con la noción de Pueblo, e implica que las instituciones detecten adecuadamente cuales son los reclamos y creencias que los ciudadanos tienen sobre el desempeño de sus representantes. El segundo, es normativo, se relaciona con la noción de Constitución, y señala que ante todo reclamo ciudadano existen límites normativos impuestos por la constitución y demás normas Infra-

constitucionales que no deben ser sobrepasados. Aquí lo que deseamos objetar, es que la deliberación, en cuanto proceso de discusión moral abierto, no es incluida explícitamente en ninguno de ambos requisitos o estándares. En otras palabras, el constitucionalismo democrático no incorpora la deliberación ni como input normativo de la noción de legitimidad política ya que defiende una concepción jurídica de legitimidad en tanto correspondencia; ni como input empírico de la noción de sensibilidad democrática, en tanto estándar empírico de identificación y recepción de los reclamos sociales concretos. Por otro lado, dicha concepción legalista de legitimidad, vuelve a la tesis del constitucionalismo democrático de que el derecho tiene por fuente real a la política, una postulación retórica, incoherente o inconsistente.

4) Una concepción judicial activista: Por último, el constitucionalismo democrático al otorgar un rol fundamental a los jueces en el proceso de traducción de los reclamos sociales en derecho positivo, altera el estatus normativo de dos tipos de relaciones, colocando: 1) a los derechos fundamentales por sobre el procedimiento democrático; y 2) a las consideraciones efectuadas por los magistrados por encima de las vertidas por los miembros del poder legislativo y ejecutivo. En otras palabras, resulta incoherente o inconsistente asignar a un poder constituido (poder judicial) un rol normativo protagónico (interpretación del derecho), con defender las siguientes tesis: a) el valor supremo de las creencias constitucionales de los ciudadanos, por sobre las creencias de los profesionales del derecho; y b) adoptar una concepción constitucional dialógica y cooperativa entre poderes constituidos.

4. Conclusión

El presente trabajo ha tenido por objeto principal de análisis dos interrogantes centrales: 1) ¿Qué tipo de teoría es el constitucionalismo democrático?; y 2) ¿cumple dicha teoría con los estándares normativos impuestos desde una concepción deliberativa de la democracia?

En respuesta a dichos dos interrogantes, hemos asumido dos hipótesis correlativas: i) el constitucionalismo democrático constituye una teoría constitucional interpretativa-sustantiva, de tipo progresista moderada (apartado II.); y ii) dicha teoría constitucional no cumple con ciertos estándares democráticos deliberativos (apartado III.).

Más allá de las objeciones formuladas al constitucionalismo democrático, cabe destacar su propuesta de incluir a las opiniones ciudadanas como un input relevante para la definición de los significados de las normas constitucionales, sin por ello caer en una tesis democrática populista. En este sentido, resulta preferible su adopción frente a las alternativas teóricas conservadoras y populistas preexistentes.

Sin embargo, para que el constitucionalismo democrático promueva normas y medidas políticas más legítimas, consideramos que sus defensores debieran tomar nota de los estándares normativos impuestos desde una concepción democrática deliberativa. Solo así podría considerarse adecuadamente tutelado el valor político de autogobierno democrático.

Por supuesto, las consideraciones teóricas aquí vertidas no intentan resolver de manera definitiva la cuestión debatida. Muy por el contrario, atendiendo al ideal regulativo democrático deliberativo, consideramos que las hipótesis conceptuales y normativas aquí asumidas quedan sujetas a un criterio conceptual intersubjetivo de corrección. La valía teórica del presente trabajo dependerá entonces de las intervenciones deliberativas de los lectores.

5. Referencias bibliográficas

- Gargarella, R. (1995). “El ideal de la democracia deliberativa en el análisis del sistema representativo. Algunas notas teóricas y una mirada sobre el caso de la Argentina”. *Revista Sociedad*, (6), pp. 1-17.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito: Corte Constitucional

para el Período de Transición, CEDEC, Pensamiento Jurídico Contemporáneo N° 3.

Gargarella, R., (Comp.) (2014). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Gutmann, A., y Thompson, D. (1996) *Democracy and Disagreement*, Harvard: Harvard U. P.

Gutmann, A., y Thompson, D. (2004). *Why deliberative democracy?*, Princeton: Princeton U. P.

Habermas, J. (1998). *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press.

Holmes, S. (1999). “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en *Jon Elster y Rune Slagstad*, Constitucionalismo y democracia, México: F.C.E., pp. 217-262.

Martí, J. L. (2006). *La República deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons.

Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos aires: Astrea.

Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa.

Olivares, N. E. (2013). “Un enfoque sistémico de la democracia deliberativa”, en *Revista de La Facultad (U.N.C.)*, Vol. 4, N° 2, Nueva Serie II, pp. 225-243.

Post, R. (2000). “Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity”, en *Australian Journal of Legal Philosophy*, 25: 185.

Post, R. (2003). “Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law”, en *Harvard Law Review*, 117: 14.

Post, R., y Siegel, R. (2007) *Constitutional patriotism and Constitutional culture*, trabajo presentado en: *SELA 2007*, disponible en:

http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RevaSiegelandRobertPost_English_.pdf, consultado el: 1/11/14.

Post, R., y Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Rawls, J. (1996). *Political Liberalism*, Oxford: Oxford U. P.

Sunstein, C., (1999). *One Case At A Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard: Harvard U. P.

Sunstein, C. (2005). *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*, Nueva York: Basic Books.

LA HISTORIA Y LA ECONOMÍA CONSTITUCIONAL FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO POPULAR¹

Dr. Adrián O. Ravier

El siglo XXI abre con un interesante debate en torno a la historia constitucional, lo que nos ofrece una nueva oportunidad para volver a las fuentes, comprender las lecciones de la historia constitucional y reflexionar una vez más sobre los debates que hacen a la “cosa pública”.

El objetivo de este artículo es recorrer brevemente la historia constitucional y resumir los fundamentos de dos de sus expresiones modernas: el constitucionalismo popular y la economía constitucional. Demostraremos que sólo el último es compatible y se construye a partir de aquella tradición de autores que conformó la historia constitucional, mientras que la primera no sólo toma un rumbo diferente, sino que es la antítesis del “verdadero” constitucionalismo.

En la parte I se resumen aspectos fundamentales de la tradición e historia constitucional. En la parte II y III se exponen respectivamente los elementos centrales del constitucionalismo popular y la economía constitucional. Así mismo, en la parte III se concluye que el constitucionalismo es compatible con lo que Hayek (1973) y Buchanan (1982) denominaron “democracia limitada”, mientras que el

¹ Este artículo surgió de una presentación oral en un Workshop de "Historia Constitucional" organizado por la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas en la Universidad Nacional de La Pampa, en Argentina. Su versión escrita fue presentada al X Concurso "Caminos de la Libertad", organizado por la Fundación Azteca en México. Se agradece a Helga Lell y Edith Alvarellos, especialistas en historia constitucional, por incentivarme a escribir este ensayo en un área que para mí no es habitual.

constitucionalismo popular es consistente con la “democracia ilimitada”. Cerramos el artículo con un llamado a defender las instituciones, las reglas y el marco constitucional.

1. Parte I: Una reseña a la historia constitucional

Tomando una selección de textos fundamentales de las ciencias políticas, podemos recordar que Thomas Hobbes justificaba en 1651 la existencia del *Leviatán* explicando que en su ausencia prevalece el “estado de naturaleza” o el estado de guerra de “todos contra todos”, ahuyentando los incentivos para la creación de una industria, “ya que su futuro es incierto”. En tal estado, la vida sería “solitaria, pobre, desagradable, brutal y breve”.

Justifica entonces Hobbes (1651), por consenso y consentimiento, el poder del Rey y con ello la relación entre soberano y súbdito.

Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: *autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera.* Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina ESTADO, en latín, *civitas*. Esta es la generación de aquel gran LEVIATAN, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel *dios mortal*, al cual debemos, bajo el *Dios inmortal*, nuestra paz y nuestra defensa. Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero. Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: *una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de*

todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común.
El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene *poder soberano*; cada uno de los que le rodean es SÚBDITO suyo.
(Hobbes, 1651, p. 11)

La justificación del Poder del Estado –o en su tiempo del Rey- por medio del argumento de Hobbes aun hoy resulta fundamental en la Filosofía Política, sin embargo, este autor justificó también el *abuso de ese Poder*.

[C]ualquiera cosa que el soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado de injusticia por ninguno de ellos. En efecto, quien hace una cosa por autorización de otro, no comete injuria alguna contra aquel por cuya autorización actúa. Pero en virtud de la institución de un Estado, cada particular es autor de todo cuanto hace el soberano, y, por consiguiente, quien se queja de injuria por parte del soberano, protesta contra algo de que él mismo es autor, y de lo que en definitiva no debe acusar a nadie sino a sí mismo. (Hobbes, 1651, p. 13)

John Locke, en su “Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil” de 1690, compartía con Hobbes la necesidad de abandonar tal estado de naturaleza; sin embargo, entendió que éste justificaba las monarquías absolutas, carentes de cualquier límite al poder. Locke entendía que “los hombres se unen en comunidades políticas y se ponen bajo el gobierno de ellas para preservar su propiedad”, pero deben crear una ley conocida, fija, promulgada, recibida y autorizada por común consentimiento para resolver controversias.

111. [...] Vino la adulación a enseñar a los príncipes que sus intereses eran distintos y separados de los del pueblo. Entonces fue cuando los hombres creyeron necesario examinar con más cuidado los orígenes y los derechos del gobierno, idearon medios para restringir las pretensiones exageradas y para evitar los abusos de ese poder que ahora se empleaba

en daño de ellos, siendo así que solo para su bien lo habían puesto en sus manos. (Locke, 1690, 18)

Locke inicia entonces un debate acerca de cómo limitar el poder del Leviatán.

124. El fin, pues, mayor y principal de los hombres que se unen en comunidades políticas y se ponen bajo el gobierno de ellas, es la preservación de su propiedad; para cuyo objeto faltan en el estado de naturaleza diversos requisitos.

En primer lugar, falta una ley conocida, fija, promulgada, recibida y autorizada por común consentimiento como patrón de bien y mal, y medida común para resolver cualesquiera controversias que entre ellos se produjeran.

125. En segundo lugar, falta en el estado de naturaleza un juez conocido e imparcial, con autoridad para determinar todas las diferencias según la ley establecida (...)

126. En tercer lugar, en el estado de naturaleza falta a menudo el poder que sostenga y asista la sentencia, si ella fuere recta, y le dé oportuna ejecución. (Locke, 1690, p 19)

Locke, incluso, advertía la necesidad de que el gobierno se rija por normas del legislativo y no por decreto, dictados repentinos y resoluciones arbitrarias, además de defender la igualdad ante la ley, tanto para el rico como para el pobre.

131. [E]l poder social o legislatura constituida por ellos, no puede suponerse que vaya más allá de lo que pide el bien común, sino que ha de obligarse a asegurar la propiedad de cada uno, protegiéndolos a todos contra aquellas tres deficiencias que mencionábamos más arriba y que hacían del estado de naturaleza una situación insegura y difícil. Y así, sea quien sea aquel a quien correspondiere el poder supremo o legislativo en un estado, estará obligado a gobernar por fijas leyes establecidas, promulgadas y conocidas de las gentes, y no mediante decretos extemporáneos; con jueces rectos e imparciales que en las contiendas decidan por tales leyes; y a emplear la fuerza de la

comunidad, exclusivamente, para que esas leyes se ejecuten dentro del país, o en el exterior para evitar o enderezar los agravios del extraño y amparar a la comunidad contra las incursiones e invasiones. Todo ello, además, sin otra mira que la paz, seguridad y bien de los habitantes. (Locke, 1690, p. 20)

142. Deberán gobernarse por leyes sancionadas y promulgadas, no en caso particular alguno alterable, sino regla única para el rico y el pobre, el favorito de la corte y el labrador en su labranza. (Locke, 1690, p. 23)

Finalmente, aunque por supuesto los aportes de Locke se extienden a otros puntos también, define el *fin del gobierno* en la preservación de la propiedad, lo que da lugar a la comprensión de que el individuo cede al soberano ciertas responsabilidades, pero se reserva el derecho a la vida, a la libertad y al trabajo.

138. [E]l poder supremo no puede quitar a hombre alguno parte alguna de su propiedad sin su consentimiento. Porque siendo la preservación de la propiedad el fin del gobierno, en vista del cual entran los hombres en sociedad, supone y requiere necesariamente que al pueblo ha de permitírsele tener propiedades. (Locke, 1690, p. 22)

Recordemos que hay cuatro formas de adquirir propiedad en forma voluntaria: En primer lugar, cada individuo es dueño de sí mismo, de su cuerpo, de su mente, de su capacidad y de su fuerza de trabajo. Desde este punto de vista, los llamados derechos individuales o “derechos humanos” no es otra cosa que la aplicación del derecho de propiedad al ser humano mismo. En segundo lugar obtiene la propiedad sobre los recursos que la naturaleza ha creado, de acuerdo a la definición de Locke “mezclando su trabajo con...”, es decir realizando un esfuerzo para controlar el recurso hasta entonces no apropiado por nadie. Una tercera forma de acceder a la propiedad de un bien de consumo o de capital es como “herencia” o “regalo”, es decir, de alguien que lo adquirió en las formas antes mencionadas y

voluntaria y gratuitamente lo cede. Por último, se puede “intercambiar” todo tipo de recurso obtenido en las formas antes consideradas para obtener otro que no se posee o por lo menos no en la cantidad deseada. (Krause, Zanotti, Ravier, 2007, pp. 92-93)

Propongo ahora volcar la atención al pensamiento de Algernon Sidney (1623-1683), quien escribe una reseña crítica de un trabajo de Robert Filmer, en “Los discursos acerca del Gobierno” (1698). Este trabajo también contribuye en definir los límites del Leviatán y el poder político que lo acompaña. En el capítulo dos, sección 3, Sidney afirma que el gobierno no se instituye para el bien del gobernante, sino de los gobernados; y que el poder no debería ser una ventaja para él, sino una carga.

Mientras que el sentido común enseña, y todos los buenos hombres reconocen, que los gobiernos no se establecen para ventaja, ganancia, placer o gloria de uno o unos pocos hombres, sino para el bien de la sociedad. Por esta razón, Platón y Aristóteles no encuentran manera más cierta de distinguir entre un rey legítimo y un tirano, en que el primero busca lograr el bien común, y el otro su propio placer o beneficio; y no dudan en declarar, que aquél que, de acuerdo a sus instituciones es el número uno, se destruye a sí mismo, y se degenera en el último, si se aparta de esta regla: el que fuera el mejor de los hombres, se transforma en el peor; y el padre o pastor del pueblo se convierte en su enemigo. (Sidney, 1698, p. 29)

Sidney muestra conocimiento de la historia, que puede ser tomado como evidencia empírica de su argumentación:

Los puestos más altos siempre son resbaladizos: los ojos de los hombres se deslumbran ante ellos; y desde allí todas las caídas son mortales. Pocos reyes o tiranos, dice Juvenal, bajan a la tumba en paz; y no los fusionó imprudentemente juntos, porque, en su tiempo, unos pocos o casi ningún rey no era un tirano. Dionisio pensaba que ningún hombre abandona una tiranía, hasta ser sacado por los talones. Pero Tácito dice,

Necit quam grave & intolerandum sit cuncta regendi onus. Moisés no podía soportarla; Gideon no podía aceptar ningún parecido a ella. El sentido moral de la sabia parábola de Jotham es eterno: la zarzamora codicia el poder que la vid, el olivo y la higuera rechazan. El peor y más simple de los hombres ambiciona los puestos más altos, que el mejor y más sabio rechaza; los que serían, de todas maneras, los mejor calificados. (Sidney, 1698, p. 30)

Más adelante, en el capítulo tres, sección 14, agrega que las leyes no son hechas por los Reyes, no porque se encuentren ocupados en asuntos más importantes que el impartir Justicia, sino porque las Naciones deben gobernarse por Reglas, y no arbitrariamente.

Su dominio de la historia política y de la administración del gobierno en otros tiempos lo conduce a Sidney a sostener que “la presunción general de que el rey gobernará adecuadamente no es seguridad para el pueblo”. En la sección 15 lo explica:

Pero no sé cómo las naciones pueden estar seguras de que sus príncipes serán siempre tan buenos: la bondad siempre está acompañada por la sabiduría, y no veo que estas cualidades admirables sean inherentes o acompañen a los más altos funcionarios. No parecen ser todos iguales y hasta ahora, no hemos hallado que todos compartan el mismo espíritu y los mismos principios. No veo semejanza entre Moisés y Calígula, Josué y Claudio, Gideon y Nerón, Sansón y Vitellius, Samuel y Otho, David y Domitiano; ni siquiera entre los mejores de ellos y sus propios hijos. Si los hijos de Moisés y Josué hubieran sido similares a ellos en sabiduría, valor e integridad, es probable que hubieran sido elegidos para sucederlos; si no lo fueron, la similitud es mayor en otros. (...) Y si hubiera habido tanta diferencia entre ellos y sus hijos, quienes indudablemente habrían sido instruidos por aquellos excelentes hombres en su sabiduría y justicia, tanto con la prédica como con el ejemplo, ¿sería lógico pensar que quienes nunca recibieron preceptos ni buenos ejemplos que los guíe, sino por el contrario, fueron educados en la más completa ignorancia y ausencia de toda virtud sean siempre

buenos y justos; o poner todo el poder en las manos de todo varón, mujer, o niño que nazca en el seno de la familia gobernante, suponiendo que sucederá algo que nunca ha sucedido; o que el más débil y peor de los hombres realizará todo aquello que pueda esperarse y que raramente es alcanzado por los más sabios y mejores, exponiendo a naciones enteras a ser destruidas sin más remedio, si así no lo hicieran? Y si esta es una locura extrema, se presume que las naciones nunca intentarían cosa semejante, salvo que nuestro autor pueda probar que todas las naciones estaban locas desde sus comienzos y deben continuar siéndolo por siempre. Para remediar esto, dice, se transforman en tiranos; y si se refiriera a sus palabras, sería suficiente. Porque un rey no puede transformarse en un tirano sólo apartándose de la ley, que es sólo el resultado de su voluntad. Pero si efectivamente se degenera, debe hacerlo apartándose de aquello que no depende de su voluntad, y que es una ley dictada por un poder superior a él. Esta es, de hecho, la doctrina de Bracton, quien habiendo dicho que el poder del rey es el poder de la ley porque la ley lo hace rey, agrega, que si comete injusticias, deja de ser rey y se transforma en tirano y se convierte en el regente del Diablo. Pero espero que esto se entienda con temperamento y con la debida consideración de la debilidad humana, de forma que se refiera sólo a aquellos daños extremos, pues, de otra manera, sacudiría a todas las coronas del mundo. (Sidney, 1698, p. 38)

[...] Fortescue lo dice claramente, el rey no puede cambiar ninguna ley: la Carta Magna gobierna por sobre todas las leyes de la tierra y las costumbres de Inglaterra; pero decir que el rey puede, por su voluntad, hacer que algo sea una costumbre, o que una ley antigua no lo sea, o viceversa, es un absurdo. (Sidney, 1698, p. 39)

Montesquieu continuó la tradición de *controlar al Leviatán* mediante la división de poderes. En sus escritos sobre el *Espíritu de las Leyes* de 1748 explicaba que “todo hombre investido de autoridad abusa de ella”, y agregaba que “cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad”.

En cada estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe del estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del estado. [...]

Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. [...]

La libertad política no se encuentra más que en los estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder. Una constitución puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas. [...]

Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. (Montesquieu, 1748, p. 46)

En la historia constitucional también destacan “Los Ensayos Políticos” (1752) de David Hume, en su intento por fundamentar las mayores libertades relativas que disfrutaba Gran Bretaña, en relación con Holanda, Venecia, Francia o España, por citar algunos ejemplos. Hume destaca la “libertad de imprenta”, hoy libertad de expresión, como medio para defender las otras libertades y como límite al poder.

Estos principios explican la gran libertad de la imprenta en nuestro país, superior a la permitida por cualquier otro gobierno. Tememos ser víctimas del poder arbitrario si no tuviésemos buen cuidado de evitar sus progresos y no hubiese un sistema fácil para dar la alarma de un extremo a otro del reino. El espíritu del pueblo necesita ser alertado con frecuencia para poner coto a las ambiciones de la Corte; y no hay como el temor a esa alerta para prevenir tales ambiciones. A este propósito, nada tan eficaz como la libertad de imprenta, que permite poner todo el saber, el ingenio y el talento de la nación al servicio de la libertad, y anima a todo el mundo a defenderlo. En consecuencia, mientras la parte republicana de nuestro gobierno pueda sostenerse frente a la monárquica, tendrá buen cuidado de mantener la imprenta libre, como elemento importantísimo para su propia defensa. (Hume, 1752, p. 52)

Y agrega Hume en pie de página:

Pero si la libertad de imprenta llegase a perderse, tendría que ser de una vez. Las leyes contra la sedición y el libelo son ya todo lo severas que pueden ser. Para imponer mayores limitaciones, habría que someter cuanto se publica a un *imprimatur*, o dar amplios poderes a la Corte para castigar lo que le disguste. Pero estas concesiones supondrían una violación tan descarada de la libertad que probablemente serían los estertores de un gobierno despótico; y, si llegasen a prosperar, podríamos decir que en nuestro país la libertad habría muerto para siempre. (Hume, 1752, p. 52)

Hume destaca también un aspecto que resulta fundamental en la economía constitucional que reseñaremos más adelante. Se trata de la desconfianza sobre la naturaleza de aquellas personas que administren el poder del Estado, y la necesidad de fijar reglas para regular sus funciones y procedimientos.

No deben, pues, los legisladores confiar el gobierno de un estado al azar, sino elaborar un sistema de leyes que regulen la administración de los asuntos públicos hasta la más lejana posteridad. Los efectos siempre corresponderán a las causas; y en cualquier comunidad, unas leyes sabias son el legado más valioso para las generaciones futuras. [...]

Los escritores políticos han establecido como máxima que, al elaborar un sistema de gobierno y fijar los diversos contrapesos y cautelas de la constitución, debe suponerse que todo hombre es un bellaco, y no tiene otro fin en sus actos que el interés personal. Mediante este interés hemos de gobernarlo, y con él como instrumento obligatorio, a pesar de su insaciable avaricia y ambición, a contribuir al bien público. Sin esto, dicen, en vano nos enorgulleceremos de las ventajas de una constitución, pues al final resultará que no tenemos otra seguridad para nuestras libertades y haciendas que la buena voluntad de nuestros gobernantes; es decir, ninguna. (Hume, 1752, p. 55)

Estos y otros aportes de origen británico y francés fueron recogidos y tomados seriamente en cuenta al desarrollar la arquitectura institucional sobre la cual emergen los Estados Unidos de América. James Madison, por ejemplo, considerado el “padre de la Constitución”, fue alumno de John Witherspoon, —quien fue invitado a Nueva Jersey a presidir el centro académico que luego se transformó en la Universidad de Princeton y fue educado en las Universidades de Edinburgo y St. Andrews— llevando a tierras americanas todo el bagaje de conocimientos de la tradición iniciada en Escocia por George Buchanan en el siglo XVI. Otro ejemplo es Roger Williams, el apóstol de la separación del Estado de las iglesias en Rhode Island —junto con George Mason y Jefferson, en Virginia—, egresado de la Universidad de Cambridge, quien fue secretario de Edward Coke en 1617 y de quien aprendió las bases del *common law*.

Pero los Padres Fundadores de Estados Unidos no se limitaron a explorar estos autores, sino que extendieron sus estudios a la mayor parte de los escritos relevantes. (Benegas Lynch (h), 2008, pp. 29-31)

Fueron básicamente ocho los mecanismos institucionales que se idearon para proteger la vida, la libertad y la propiedad de quienes se establecieron en aquel país del Norte, a saber:

1. La noción de los derechos de las personas y la consiguiente arquitectura del gobierno para preservarlos basada en la división de poderes, en el contralor recíproco y en el modo de elegir a cada uno de los integrantes de los distintos departamentos.

Respecto a este último aspecto, el de la elección de los integrantes del gobierno, la Constitución no menciona la expresión “democracia”, sino más bien el concepto de “república”. Esto se justifica en la preocupación de los padres fundadores de no repetir la experiencia de Europa con el abuso de poder de las monarquías reinantes. Optaron más bien por un gobierno mixto, mezclando la participación ciudadana, pero contenida a su vez por métodos de representación que frenaran las pasiones de las mayorías que pudieran avanzar sobre los derechos de las minorías.

Por otro lado, en esa división de poderes, Hamilton definió concretamente la función de los jueces en la interpretación de la ley, aspecto que más adelante abre la controversia con el constitucionalismo popular.

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son. (Hamilton, 1788, p. 74)

2. La concepción sobre la guerra y las fuerzas armadas.

Este segundo punto abre un inmenso debate acerca de la política exterior que debería manejar Estados Unidos, pero quizás sorprenda al lector que los Padres Fundadores se opusieron fervientemente a la interferencia del gobierno en los asuntos de otros países.

George Washington decía en 1796, en ejercicio de la Presidencia de la nación que

[e]stablecimientos militares desmesurados constituyen malos auspicios para la libertad bajo cualquier forma de gobierno y deben ser considerados como particularmente hostiles a la libertad republicana.” En el mismo sentido, Madison anticipó que “[e]l ejército con un Ejecutivo sobredimensionado no será por mucho un compañero seguro para la libertad. (Citados por Benegas Lynch, 2008, p. 39)

Mi ardiente deseo es, y siempre ha sido, cumplir estrictamente con todos nuestros compromisos en el exterior y en lo doméstico; pero mantener a los Estados Unidos fuera de toda conexión política con otros países. (Washington, 1795).

De hecho, durante mucho tiempo el gobierno de Estados Unidos fue reticente a involucrarse en las guerras a las que fue invitado. Robert Lefevre (1954/1972, p. 17) escribe que entre 1804 y 1815 los franceses y los ingleses insistieron infructuosamente para que Estados Unidos se involucrara en las Guerras Napoleónicas; lo mismo ocurrió en 1821, cuando los griegos invitaron al gobierno estadounidense a que envíe fuerzas en las guerras de independencia; en 1828 Estados Unidos se mantuvo fuera de las guerras turcas; lo mismo sucedió a raíz de las trifulcas austríacas de 1848, la Guerra de Crimea en 1866, las escaramuzas de Prusia en 1870, la Guerra Chino-Japonesa de 1894, la Guerra de los Bóeres en 1899, la invasión de Manchuria por parte de los rusos y el conflicto ruso-japonés de 1903, en todos los casos, a pesar de pedidos expresos para tomar cartas en las contiendas.

Pero en el siglo XX, la postura en política exterior cambió y se abandonó el principio de no intervención, lo que coincide con la etapa de declinación. Alberto Benegas Lynch (h) (2008) es muy gráfico al enumerar las intromisiones militares en el siglo XX en que Estados Unidos se vio envuelto, las que incluye a Nicaragua, Honduras, Guatemala, Colombia, Panamá, República Dominicana, Haití, Irán, Corea, Vietnam, Somalia, Bosnia, Serbia-Kosovo, Iraq y Afganistán.

3. La libertad de prensa.

En este aspecto, los padres fundadores continuaron con la línea de David Hume. Como sostuvo George Mason en la Declaración de Derechos de Virginia el 15 de junio de 1776, “la libertad de prensa es una de las grandes defensas de la libertad y nunca puede ser restringida sino por un gobierno despótico.

Y Jefferson fue aún más lejos al escribir:

Si yo tuviera que decidir si debiéramos tener un gobierno sin periódicos o periódicos sin gobierno, no dudaría un momento en elegir esto último.
(Jefferson, 1774-1826, pp. 411-412)

4. La instauración del debido proceso.

El debido proceso significa que nadie, bajo ninguna circunstancia, no importa la magnitud del crimen cometido, sea privado de su vida, libertad o propiedad sin contar con todas las garantías procesales, tales como la posibilidad de la adecuada defensa, el camino expedito para el *habeas corpus*, no declarar bajo coerción, la intervención oportuna de los jueces, la rigurosa aplicación del principio de inocencia hasta que se pruebe culpable por autoridad competente y, desde luego, la no aplicación de leyes *ex post facto* a menos que, en materia penal, resulte más benigna para el imputado.

Este aspecto es cubierto en dos enmiendas, como por ejemplo la enmienda V, que sostiene que

Ninguna persona [será] privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso”. Este concepto deriva del derecho común de Inglaterra, formulado en el siglo XI y más concretamente en la Carta Magna de 1215, que se refiere al *legem terrea*. En su punto XXIX dice que “Ningún hombre libre ha de ser arrestado o aprisionado o desposeído o prescripto o exiliado o destituido de modo alguno, y no iremos contra él ni mandaremos contra él sino por juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra.

5. La oficialización de la separación entre las iglesias y el Estado y la consecuente libertad de culto.

Los Padres Fundadores querían evitar las alianzas entre el altar y la espada que tantas persecuciones y matanzas provocaron en Europa. Después de intensos debates donde algunos quisieron imponer una “religión oficial” se logró introducir en el primer punto del Estatuto de la Libertad Religiosa de Virginia, promulgada el 16 de enero de 1786, la condena a:

La impía presunción de legisladores y gobernantes, tanto civiles como eclesiásticos, quienes siendo falibles e irreflexivos, asumieron el dominio sobre la fe de otros proclamando que sus propias opiniones y modos de pensar eran los únicos verdaderos e infalibles, y como tales trataron de imponerlos a los demás. [...E]s pecaminoso y tiránico obligar a un hombre a prestar contribuciones de dinero para la propagación de opiniones que no cree. [...N]uestros derechos civiles no deben depender de nuestras opiniones religiosas, como tampoco nuestras opiniones en materia de física o geometría. (citado por A. Benegas Lynch (h), 2008, p. 47)

6. La tenencia y portación de armas.

Este es otro aspecto fundamental que merecería más espacio, pero que el lector pueda profundizar en la enmienda II, y una extensa literatura que se ha escrito sobre ella. La enmienda II expresamente reconoce que “el derecho de la gente a poseer y portar armas no será infringido.”

Alberto Benegas Lynch (h) considera de gran relevancia tener presente a los distinguidos pensadores que adherían a la tenencia y portación de armas por parte de los ciudadanos. Por ejemplo, Cicerón, Ulpiano, Hugo Grotius, Algernon Sidney, Montesquieu, Edward Coke, Blackstone, George Washington, George Mason, Patrick Henry, Samuel Adams, Jefferson, Jellinek y Cesare Beccaria. En este último caso, el precursor del derecho penal sostiene que prohibir la portación de armas

sería lo mismo que prohibir el uso del fuego porque quema o del agua porque ahoga. [...] Las leyes que prohíben el uso de armas son de la misma naturaleza: desarma a quienes no están inclinados a cometer crímenes. [...] Leyes de ese tipo hacen las cosas más difíciles para los asaltados y más fáciles para los asaltantes, sirven para estimular el homicidio en lugar de prevenirlo ya que un hombre desarmado puede ser asaltado con más seguridad por el asaltante (Beccaria, 1764, pp. 87-88).

7. El resguardo de la privacidad.

Es tratado en la Enmienda IV y garantiza el derecho de la gente a su seguridad personal, a su residencia, a sus papeles personales y otras pertenencias contra requisas y secuestros sin orden de juez y, en ese caso, con todas las garantías que corresponden y especificando concretamente qué se busca, en base a qué acusación y cumpliendo con todos los requisitos procesales.

8. El federalismo.

Una federación consiste en una división de atribuciones entre los Estados miembros y el gobierno central. En este caso, la autoridad política y las responsabilidades entre ambos niveles de gobierno cubren distintas esferas claramente establecidas y delimitadas. En la Confederación, en cambio, los Estados miembros –más bien asociados- retienen la totalidad del poder y de quienes depende el gobierno central.

Una de las principales ventajas de la federación, es que los Estados miembros competían sin restricciones para atraer inversiones y poblaciones a través del manejo independiente de su política tributaria y, originalmente, asignaban partidas para el cumplimiento de las funciones específicas y limitadas del gobierno central. Los Estados miembros controlaban con ello al gobierno central, que en palabras de Madison representaba

una doble seguridad para los derechos de la gente. Los diferentes gobiernos [los estatales y el federal] se controlarán entre sí y al mismo tiempo cada uno se controlará a sí mismo. (Madison, 1788, p. 266)

El federalismo abre la posibilidad de lo que mucho más tarde Charles Tiebout denomina el “voto con los pies”, pudiendo cada individuo elegir mudarse a aquella ciudad o estado autónomo que le ofrezca la combinación de impuestos y servicios que sea compatible con sus valoraciones. Si en ese escenario, un gobierno incrementa la presión tributaria por encima de la voluntad de lo que el contribuyente está dispuesto a pagar, puede ejercer su voluntad de mudarse a otro Estado. Si en ese escenario un gobierno descuida la calidad de ciertos servicios públicos como la seguridad o la justicia, el contribuyente puede decidir también hacer lo mismo. Que no todos los individuos puedan mudarse no es un problema, al contrario, a medida que unos pocos abandonan un Estado, la presión recae de todas maneras sobre el gobierno que estará obligado a generar un beneficio para todos los miembros de la comunidad.

La historia constitucional por supuesto continúa con otros autores clásicos como Thomas Paine, William von Humboldt, Benjamín Constant, Alexis de Tocqueville, Frederic Bastiat o John Stuart Mill, quienes agregaron nuevos elementos al marco constitucional deseable que puede proteger la vida, la libertad y la propiedad. No disponemos aquí el espacio para seguir profundizando en todos ellos, aunque volveremos más tarde a tratar el pensamiento de Tocqueville en particular en lo que refiere a la postura del constitucionalismo popular.

Por ahora, podemos concluir que la división de poderes, la república, el federalismo, planteados en una Constitución permitió que las industrias de muchas naciones florecieran, mientras el poder se encontró limitado.

Juan Bautista Alberdi fue quien tomó precisamente esta tradición de controlar el abuso del poder absoluto y plasmó el resultado de dichos debates en sus *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina* de 1852, lo que un año más tarde resultó en *fundamento* de la Constitución Nacional original de 1853. Sobre dichas bases se fomentó la inmigración y surgió el modelo agro-exportador que enriqueció a la Argentina por varias décadas.

La República Argentina, simple asociación tácita e implícita por hoy, tiene que empezar por crear un gobierno nacional y una constitución general que le sirva de regla (...) ¿Cuáles las bases y puntos de partida del nuevo orden constitucional y del nuevo gobierno, próximos a instalarse? He aquí la materia de este libro, fruto del pensamiento de muchos años, aunque redactado con la urgencia de la situación argentina. En él me propongo ayudar a los diputados y a la prensa constituyente a fijar las bases de criterio para marchar en la cuestión constitucional.

El poder, sin embargo, buscó romper con las cadenas del liberalismo clásico, y muy pronto comenzaron las reformas constitucionales. Ya en 1850 Frédéric Bastiat escribió un corto ensayo titulado *La Ley*, donde explicaba que ésta no siempre es legítima. La ley muchas veces puede desviarse de su misión verdadera, es decir, en lugar de garantizar los derechos de propiedad, violarlos. En tal caso, cada clase querrá hacer la ley, sea para defenderse de la expoliación, sea para organizarla en provecho propio.

La Argentina no fue la excepción, y desde entonces cada gobierno elegido por el pueblo se sintió legitimado para hacer sus propias normas, o simplemente ignorar las existentes. A las reformas constitucionales de 1860 (que permitió la incorporación de Buenos Aires a la unidad nacional), le siguieron otras en 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994. La división de poderes, la

república, el federalismo, plasmados en la constitución, recibieron cierta atención y cumplimiento hasta la década de 1930, pero desde entonces estas instituciones fueron recurrentemente debilitadas.

2. Parte II: El constitucionalismo popular

Mientras la historia constitucional representada arriba se preocupa por crear un marco de reglas que permita “custodiar a los custodios”, el constitucionalismo popular tiene otras preocupaciones, que pueden ser planteadas en dos puntos:

1. Su “sensibilidad antipopular” y
2. La supremacía judicial al interpretar la Constitución.

El constitucionalismo popular recibe distintas definiciones y fundamentos en varios de sus principales expositores como Mark Tushnet, Larry Kramer, Robert Post, Reva Siegel y Barry Friedman. En lo que sigue, sin embargo, atenderemos concretamente a aquellos dos aspectos fundamentales.

1. La historia constitucional se opone a la democracia y a la regla de las mayorías.

Robert Unger (1996), filósofo y político brasileño, resumió adecuadamente el primero de estos puntos al sostener que el “pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea” viene dado por su “disconformidad con la democracia”. Esta disconformidad se expresa, según Unger, en una

incesante identificación de límites sobre la regla mayoritaria, antes que sobre el poder de las minorías dominantes, como responsabilidad principal de los jueces y juristas; y, en consecuencia, en la hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios; en la oposición a todas las reformas institucionales, particularmente a aquellas orientadas a

expandir el nivel de compromiso político popular, lo cual es visto como algo que amenaza el sistema de derechos. (Unger, 1996, p. 72)

Jack Balkin (1995) también exploró esta peculiar “sensibilidad antipopular” que encontró no sólo como propia de las élites jurídicas dominantes, sino también del “progresismo” norteamericano. Ambas visiones, en su opinión, muestran una profunda desconfianza hacia las “preocupaciones de la gente común, un inflado sentido de la superioridad, un desdén por los valores populares, un temor frente a la regla de la mayoría, una confusión entre la capacidad técnica y la capacidad moral, y un hubris meritocrático”.

2. La supremacía judicial para interpretar la Constitución.

El segundo punto, quizás algo más sofisticado, lo resume Roberto Gargarella (2006) en su reseña crítica del libro de Larry Kramer (2004), girando la atención no sobre el contenido de la constitución, sino sobre su interpretación. De lo que se trata es de desafiar la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución, quitándola de las manos de los Tribunales.

El origen de esta disputa, y también del constitucionalismo popular, se encuentra en los Estados Unidos, y se remonta específicamente al famoso fallo *Marbury versus Madison* donde el Tribunal Supremo estadounidense declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de una decisión del legislativo.

En dicho caso, por un lado, el Tribunal Supremo estadounidense declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de una decisión del legislativo. Por otro lado, en esta ocasión se impuso la visión del presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, sobre la del entonces presidente, Thomas Jefferson, respecto de las relaciones que debían prevalecer entre el poder político, el poder judicial y la Constitución. Para Marshall, la decisión de la Corte representaba la última instancia

institucional respecto de los conflictos constitucionales que pudieran surgir dentro de la comunidad. En contra de dicha visión, el entonces presidente Jefferson se mostraba hostil a la idea de la supremacía judicial y defendía un papel más prominente de los poderes políticos en la definición y puesta en práctica de la Constitución. En definitiva, esta última postura –conocida como teoría «departamentalista» o «concurrente»– sostenía que ninguna de las ramas del gobierno podía arrogarse superioridad sobre las otras a la hora de interpretar el significado de la Constitución. Examinando estos debates, y a lo largo de todo su libro, Kramer deja claras dos cosas: el arraigo de esta dicotomía en la historia norteamericana, y el rechazo constante de la última posibilidad –la supremacía judicial– en la etapa fundacional del constitucionalismo norteamericano (y aún más allá de dicha etapa). (Gargarella, 2006)

Larry Kramer, Decano de la Escuela de Derecho de la universidad de Stanford, y quien publicara “We the Court” en la Harvard Law Review (2001) y “The people themselves. Popular Constitutionalism and judicial review”, Oxford University Press, 2004, New York, sugiere entonces que el origen del constitucionalismo popular se encuentra en Thomas Jefferson, quien discutía la “supremacía judicial”. ¿Por qué deben ser los jueces y los Tribunales los que interpretan nuestra Constitución? ¿Por qué no devolvemos esta potestad al pueblo?

Kramer, por ejemplo, define al «constitucionalismo popular» como la visión conforme a la cual

quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras sacan adelante sus tareas cotidianas de gobierno, pero donde su interpretación no resulta autoritaria, sino que se encuentra sujeta a la supervisión y corrección directa por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente. (Kramer, 2004)

Una respuesta crítica a Kramer que no podemos ignorar es la de Richard Posner, quien se muestra escéptico a esta reconstrucción histórica y prefiere más bien dejarla a los “historiadores profesionales” del constitucionalismo. Sugiere, más bien, una simplista y más “clásica” visión de la historia norteamericana que emula el “modelo de tres etapas francés de Mirabeau-Robespierre-Napoleón”, es decir, la revolución burguesa (en el caso norteamericano liderada por los federalistas), la que despierta una reacción extremista y anti-burguesa (liderada por los republicanos Jefferson y Jackson a partir de 1800), y una restauración burguesa (en los Estados Unidos tras la derrota de Van Buren).

Esta restauración convirtió a Estados Unidos en la “quintaesencia de la república burguesa que aún sigue siendo, con derechos de propiedad y contratos garantizados por jueces profesionales, y con un derecho constitucional que se tiene por derecho ordinario, más que como un producto de la voluntad popular”. Para él, la vuelta a la etapa del constitucionalismo popular sugerida por Kramer resulta tan poco esperable como el retorno de Francia a la etapa termidoriana. Con ironía, se pregunta entonces en qué “town meeting” se podrían reunir millones de personas, y por qué apoyarse en el juicio de “ciudadanos ordinarios” que “no han leído nunca la Constitución”. Y aunque se muestra comprensivo frente a las “náuseas” que parecen sentir Kramer y algunos de sus colegas frente al papel central adquirido por los tribunales, y a su burocrático y poco atractivo modo de actuar, Posner simplemente no entiende cómo puede ser deseable (o posible) la alternativa del constitucionalismo popular, que él define como “populismo tout court”. (Gargarella 2006)

Trabajos como los de Kramer se basan, en su opinión, en una lectura sesgada de la historia que culmina con la “equiparación de la revisión judicial al monopolio judicial sobre la verdad constitucional”. De hecho, nuestro esfuerzo en este trabajo va en línea con estas palabras de Posner, en recorrer la historia constitucional para reforzar nuestra comprensión del constitucionalismo, y al mismo tiempo nuestra oposición al constitucionalismo popular, aunque no pensamos de ningún modo –y es

necesario aclararlo- que “nuestra” mirada pueda o deba ser considerada como la “verdad constitucional”. Valoramos el sentido crítico. Valoramos los esfuerzos por reflexionar una vez más sobre los mismos problemas que atendieron en su momento los padres fundadores, aunque en este caso rechazemos la argumentación.

El propio Gargarella, sostiene que

En lo personal, [...] las objeciones que se le hacen al “constitucionalismo popular –versión de Kramer– en cuanto a la reconstrucción histórica de la que parte, se encuentran parcialmente justificadas. Mi propia lectura de la historia constitucional norteamericana se asemeja mucho más al esbozo que, grosso modo, sugiere Richard Posner en su crítica. Sin embargo, así como creo que autores como Kramer magnifican la presencia de un “constitucionalismo popular” a lo largo de dicha historia, entiendo que es también cierto que la “historia oficial” desdibuja estos rasgos progresistas hasta convertir a la misma en una historia montada sobre una ausencia evidente: la del propio pueblo norteamericano. La de ellos es una historia de abogados y jueces, en la que la ciudadanía sólo resulta invocada, pero no tiene voz.

Fernando N. Barrancos y Vedia en su comunicado del 28 de octubre de 2009, en sesión privada, a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas también se coloca en línea con Posner, al recordarnos que si bien el caso “Marbury v. Madison”, del año 1803, fue el inicial en la consagración de esa doctrina, cuadra reconocer que ya antes, en “El Federalista”, N° 78, del año 1788, Alexander Hamilton había sentado las bases fundamentales de esa doctrina, al consignar que

...los tribunales de justicia, fueron designados para formar un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura a efectos, entre otras cosas, de mantener a la legislatura dentro de los límites señalados a su autoridad. La interpretación de las leyes compete privativa y especialmente a los tribunales. La Constitución es y debe considerarse por los jueces como la ley fundamental. En manera alguna supone tal

deducción superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior al de ambos, y donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, está en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por ésta más bien que por aquélla. Deben ajustarse en sus fallos a las leyes fundamentales, antes que a aquellas que no lo sean. (Barrancos y Vedia 2009)

Volviendo ahora a la argumentación de los “constitucionalistas populares”, Jefferson fue uno de los primeros en presentar críticas, afirmando que el texto de la Constitución no autoriza explícitamente el control judicial de las normas, que los constituyentes de 1787, (the “framers”) no buscaron otorgar al Poder Judicial tan extraordinario poder, y que las teorías y prácticas anteriores a la Convención, no eran suficientemente claras y amplias como para legitimar tal conducta.

Alguno años más tarde, en 1825, hubo otro fallo que se sumó al de “Marbury vs Madison”. Se trata de “Eakin vs. Raub”, donde la Corte Suprema del estado de Pennsylvania, por el voto del juez Gibson atacó los fundamentos históricos de la “judicial review” y la decisión del caso “Marbury”. Aunque la literatura también recuerda que “veinte años más tarde el mismo juez Gibson sostuvo que el concepto de la revisión judicial podría adoptarse por necesidad antes que por precisión histórica.”

En un famoso artículo publicado por James Bradley Thayer en 1893 en la Harvard Law Review, titulado “The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law” se sostenía que los jueces debían actuar con extrema prudencia para poder ejercer el “judicial review” y que un mero error de los poderes políticos no era suficiente para poder declarar la inconstitucionalidad de sus normas o actos. (Barrancos y Vedia 2009)

Agrega Barrancos y Vedia (2009) que Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis y Felix Frankfurter siguieron esta postura sugerida por Thayer. A mediados del siglo XX, en el famoso debate entre Learned Hand, que publicó

en 1958, “The Bill of Rights”, de la Harvard University Press, se sostenía que el control judicial “no era sino una condición práctica para el funcionamiento exitoso del sistema constitucional pues sin un árbitro cuyas decisiones fueran finales, el sistema entero colapsaría”. Las argumentaciones de Hand fueron contestadas al año siguiente por el profesor Herbert Wechsler, de la Universidad de Columbia, en *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, pub. en *Harvard Law Review*, 1959. Sostenía que los jueces debían aplicar principios valorativos neutrales, que trascendieran cualquier resultado inmediato de la decisión judicial, dependiendo así el “judicial review” de esos parámetros.

Alexander Bickel sostenía en “*The least dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of politics*”, Yale University Press, 1962, que los jueces, “careciendo de influencia final y última sobre la espada o la bolsa, podría decirse que carecían de la fuerza o de la voluntad, contando simplemente con discernimiento, y luego podría esperarse que se conserven como la rama de gobierno menos peligrosa” (*The Federalist*, 78). Agrega Bickel, en una opinión que ha llegado ser célebre que el “judicial review” parte de una realidad incontrovertible que llamaba la “dificultad contramayoritaria”, aspecto que nosotros tratamos con anterioridad y sobre lo que volveremos más adelante:

¿por qué un grupo reducido de personas no elegidas directamente por el pueblo pueden impedir la aplicación de normas dictadas por los representantes del pueblo? (Barrancos y Vedia 2009)

Es digno de destacarse las agudas observaciones del profesor Charles L. Black en “*The people and the Court. Judicial review in a democracy*”, The Macmillan Company, New York, 1960, quien sostenía que el control judicial cumple una función vital en un sistema de gobierno de poderes limitados, consistente en mantener el sentimiento público de que el gobierno ha cumplido “con las normas de su propia Constitución y por ello la

función ‘legitimante’ de las normas por parte de la Corte Suprema –lo cual implica constatar su constitucionalidad– es de inmensa por no decir “vital importancia para el país” agregando que “no veía cómo un gobierno de poderes limitados podría vivir sin la existencia de algún órgano que desempeñe esa función”, así como que el control judicial de constitucionalidad es el medio que el pueblo ha elegido como auto-restricción a través del derecho”, sosteniendo que tener votos es una “excusa insuficiente para violar la Constitución”.

Es de recordar aquí que los redactores del texto constitucional de los Estados Unidos no quisieron colocar un poder ilimitado en las manos de la mayoría aritmética, desde que sabían que ello habría de conducir a la tiranía de la mayoría, sino que por el contrario, buscaban el gobierno de la mayoría con el consentimiento de la minoría, o sea querían mayorías razonables, cuyo poder estuviera frenado por intereses opuestos.

Al declarar la inconstitucionalidad de una ley, el Poder Judicial ratifica y hace efectiva la supremacía de la Constitución Nacional, que es el texto básico que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo.

Barrancos y Vedia (2009) nos recuerda también el fallo de la Corte Suprema argentina en una decisión perdurable,

la doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución. Si el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que el mismo ha establecido al sancionar el art. 30 de la Constitución. (Fallos: 137:47, caso “Horta c/ Harguindeguy”, del 21 de agosto de 1922, voto mayoritario de los Dres. Damaso Palacio, José Figueroa Alcorta, Ramón Méndez).

Lo dicho, nos permite ahora conectar los puntos 1 y 2 establecidos al comienzo de esta sección, dado que la supremacía judicial le quitaría al

pueblo, lo que es del pueblo, contradiciendo con ello los valores democráticos. La Constitución, según los defensores del constitucionalismo popular, fue creada por el pueblo y pertenece al pueblo, no a los jueces.

El profesor de la Universidad de Harvard, Mark Tushnet, en su libro “Taking the Constitution away from the Court”, Princeton University Press, 1999, sostiene la incompatibilidad del “judicial review” con el sistema democrático, que los problemas constitucionales podrían ser resueltos adecuadamente por el pueblo a través de los mecanismos ordinarios de discusión política, y que los líderes políticos hablan por el pueblo y son los únicos que pueden identificar sus intereses vitales. Cita que ni en Gran Bretaña ni Holanda cuentan con control de constitucionalidad de las leyes y que una enmienda constitucional debiera prohibir dicha práctica.

Tushnet alienta a la población a que asuma la responsabilidad de proteger por sí misma sus derechos y sus libertades. Pues —dice— custodiarlas no es el dominio de los jueces, sino una obligación de la ciudadanía de definirse como “nosotros, el pueblo de los Estados Unidos”.

Volviendo a Kramer, éste cuestiona la atribución de la Corte Suprema de ser la intérprete final de la Constitución, sosteniendo que el pueblo es quien debe interpretarla, así como que las decisiones de la Corte Suprema deben ser sometidas a una discusión popular pudiendo ser rechazadas por el pueblo.

Kramer se manifiesta partidario del modelo europeo de control concentrado de constitucionalidad, así como que los jueces deben designarse por mayorías especiales y deben acortar su duración en el cargo.

Aunque Kramer en “The people themselves” hace del “constitucionalismo popular” el centro de su obra no resulta muy claro en definitiva en qué consiste esa construcción. Las interpretaciones constitucionales de la Corte Suprema dice deben ser sometidas a una especie de conversación nacional y estar sujetas a ser rechazadas por el pueblo.

Es de agregar que esta discusión está entre los partidarios y los críticos del “popular constitutionalism”; hay muchos otros prestigiosos autores que han desarrollado sus posiciones a favor o en contra de esa postura: así Jeremy Waldron en contra del judicial review, y Larry Alexander, Laurence Tribe y Barry Friedman, a favor. Barrancos y Vedia (2009) explica, una vez más, que

Podemos citar asimismo a James Mc Gregor Burns, autor de “Packing the Court - The rise of Judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court”, The Penguin Press, New York, 2009, quien, sin proclamar expresamente su adhesión al popular constitutionalism, formula severas críticas al control judicial de constitucionalidad y consiguientemente preconiza una enmienda constitucional, no por cierto para prohibirla expresamente en el texto sino para que –con lo que por mi parte me permito calificar de ironía o sarcasmo– los partidarios del control judicial de constitucionalidad hubieran consignado directamente en el texto. Así es como aconseja que los sostenedores del control judicial inicien el procedimiento de enmienda –que llama “el tortuoso proceso de la enmienda constitucional” (p. 252) –dice– para que el control judicial de constitucionalidad sea eventualmente “legitimado o constitucionalizado”. Pero olvida que en los Estados Unidos el “control judicial” de constitucionalidad existe desde hace más de doscientos años, a partir de la sólida argumentación del caso “Marbury v .Madison”, sin que los contradictores de ello hayan nunca siquiera enunciado la posibilidad de tacharlo de inconstitucional borrándolo expresamente el sistema. A lo largo de la historia constitucional de los Estados Unidos nunca se ha iniciado un procedimiento de impeachment o juicio político contra un juez de la Corte Suprema basado en tal circunstancia.

Es cierto que el procedimiento de enmienda constitucional en los Estados Unidos es confuso y muchas veces extenso y complicado, pero los partidarios del “judicial review” ¿por qué razón habrían de acudir a tal procedimiento, si esta atribución se halla firmemente fundada, establecida y consolidada por el tiempo.

Como curiosidad podemos recordar que en 1972 se aprobó por el Congreso Federal el texto de lo que podría haber sido la Enmienda N° 27: “Equal Rights Amendment” que sostenía la igualdad de derechos ante la ley entre hombres y mujeres. Se fijó el plazo de siete años, luego extendido a diez años, para que las tres cuartas partes de los Estados aprobaran el texto, que en 1982 sólo lo habían apoyado 35 estados, necesitando el voto de 38 estados, con lo que la enmienda no fue aprobada, pese a la intensa campaña llevada por la “National Organization of Women”. El señor Bums preconiza tal procedimiento para los partidarios del “judicial review”, pero no para sus contradictores entre los que se encuentra. Cabe reiterar aquí que en los Estados Unidos, como también en la Argentina, se estableció un sistema de gobierno fundado en la limitación de los poderes del Estado, como ya lo hemos consignado, y en tal sentido, el control judicial de constitucionalidad, cumple una función vital en un gobierno de poderes limitados, como claramente sostenía Charles Black.

Entre nosotros, el Dr. Genaro R. Carrió, en trabajo publicado en 1990, critica a su vez a quienes se oponen al control judicial de constitucionalidad en cuanto afirman que es incompatible con el principio de gobierno de la mayoría, y señala que “el principio de la protección de los derechos de las minorías, tan importante como el otro para caracterizar las instituciones democráticas no resulta prima facie valorado por esta concepción”.

El Dr. Carrió continúa diciendo, con afirmaciones que cuentan con mi total coincidencia y apoyo que

tal como es inadmisibles designar a los jueces por sufragio popular, también lo sería someter sus proyectos de decisiones a la aprobación de la mayoría del electorado, aun en casos de notorio interés institucional (como por lo común son aquellos en que se debate la validez constitucional de una ley). Lo mismo habría que decir del recurso al referéndum popular para que el electorado decida si debe o no mantenerse un fallo que se ha rehusado a aplicar una ley por

considerado inconstitucional. *El ciudadano medio carece en principio de suficiente información para pronunciarse respecto de cuestiones constitucionales. Éstas suelen ser complejas y la mayoría de los casos es difícil predecir las implicaciones inmediatas y mediatas de una solución en tal o cual sentido*". (Carrió, 1990, la cursiva es nuestra)

Cabe señalar que en ocasión de la reforma constitucional de 1994, en el nuevo art. 43, referente a la acción de amparo, luego de indicar que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva". De tal manera se ha reconocido expresamente en el texto constitucional de nuestro país, la atribución de un juez de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica.

En concreto para el caso argentino, Barrancos y Vedia (2009) agrega que

Nuestra Corte Suprema ya había adoptado los principios del control judicial desde los casos "Sojo" de 1887, y "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo" de 1888, o aun de casos anteriores lo cual demuestra que por espacio de más de 107 años, el Alto Tribunal había adoptado tal criterio aun sin norma constitucional expresa al respecto.

De tal manera, pensamos junto a los autores reseñados que el control judicial de constitucionalidad de las normas y actos emanados del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, continúa siendo uno de los elementos fundamentales del estado constitucional de derecho, basado en la limitación de los poderes del Estado y en la supremacía de la Constitución Nacional y que el llamado "popular constitutionalism" habría de desembocar

en un populismo amorfo y sin reglas claras ni permanentes, lo cual significaría lisa y llanamente el fin del Estado constitucional de derecho en los Estados Unidos y en la Argentina, y el derrumbe final de la delicada estructura de frenos y equilibrios fundamentales para la vigencia armónica de la Constitución y de las leyes.

3. Parte III: La economía constitucional

La economía constitucional está íntimamente relacionada con el Public Choice o Escuela de la Elección Pública, la que se ha conformado con los aportes fundamentales de James M. Buchanan, pero también de sus coautores Gordon Tullock y Geoffrey Brennan, entre otros. Estos autores construyen sus aportes con variadas influencias, entre las que se encuentra la literatura clásica de la filosofía política, ya resumida en la primera parte.

Podrá preguntarse el lector el motivo por el cual incluimos aquí referencias a esta línea de pensamiento. Al respecto, cabe citar a Alejandra Salinas:

La contribución de James M. Buchanan a la economía política moderna ha sido reconocida por los economistas (recibió el Premio Nobel de Economía en 1986), pero su pensamiento es menos conocido entre los filósofos políticos, aunque muchas de sus obras abordan cuestiones cruciales como la base de la legitimidad política, la justificación de la democracia y la lógica del diseño constitucional. (Salinas 2012)

Pensamos, en línea con Salinas (2012), que Buchanan puede fortalecer nuestra argumentación contraria al constitucionalismo popular, y al mismo tiempo conformar una nueva etapa en la historia constitucional, además de contribuir a que los politólogos incluyan entre sus herramientas de análisis a la economía.

1. La historia constitucional como base analítica del pensamiento de Buchanan

En conexión con lo planteado en la primera parte, Buchanan señala una diferencia fundamental con Hobbes, y se alinea con Locke, Sidney, Montesquieu, Hume, los federalistas y otros al defender la necesidad de la limitación del gobierno:

Para Hobbes, el gobierno ilimitado es la única alternativa al caos anarquista. Sostuvo que todas las personas estarían dispuestas a someterse a la voluntad sin controles del soberano, a cambio de la seguridad personal que este último se compromete a garantizar, y que, de hecho, está en consonancia con el propio interés del soberano. El déspota hobbesiano es preferido por todos a la jungla hobbesiana, donde la vida, para todo el mundo, tiende a ser pobre, desagradable, brutal y corta. (Brennan y Buchanan, 1980:Cap.1, par. 6)

En el mismo sentido, Buchanan argumentaba que

El liberal clásico se encuentra en oposición a Hobbes, quien modela a las personas como buscadores universales de poder y autoridad [y] no pudo ver que el orden es posible sin ejercer un poder sobre otros. (Buchanan, 2008, p. 58).

Por el contrario, en el modelo de Buchanan el gobierno ilimitado es contemplado como un posible camino de regreso a la jungla y por ello insiste en limitarlo. Nótese que lo que lleva al gobierno a extra limitarse es un comportamiento egoísta, que puede resultar más esperable en el caso de los funcionarios del gobierno, pues éstos administran recursos ajenos y utilizan la fuerza y la coerción sobre otros. Frente a este peligro, las sociedades deben adoptar instituciones que frenen o sancionan tales comportamientos. Buchanan señala la necesidad de imponer restricciones sobre ellos remitiendo a Hume:

Al restringir cualquier sistema de gobierno y fijar diversos frenos y controles de la Constitución, debe suponerse que todo hombre es un

bribón y que sus acciones no tienen otro objetivo que el interés privado. (Brennan y Buchanan, 1985, Cap.4, par. 40).

De hecho, el axioma fundamental del *Public Choice* es justamente éste, conocido hoy como la “economía sin romance”. Si en economía asumimos que un individuo siempre persigue su propio beneficio, ¿por qué ese mismo sujeto una vez que se convierte en funcionario perseguirá el bien común, al margen de sus propios intereses individuales? El “homo politicus” es “homo economicus” y, al igual que un empresario, el hacedor de políticas públicas actúa fundamentalmente guiado por su propio interés.

Nótese que este mismo concepto fue expuesto por el propio Thomas Jefferson:

Algunas veces se dice que no se le puede confiar al hombre el gobierno de sí mismo. ¿Puede, entonces, confiársele el gobierno de los demás? ¿O hemos encontrado ángeles que asumen la forma de reyes para gobernarlo? Dejemos que la historia conteste esta pregunta.

2. La Escuela de la Elección Pública y la Regla de la Unanimidad

Decía Buchanan que quitándonos las “gafas rosadas”, según sus propias palabras, con las que percibimos a la política, podremos verla como lo que realmente es (Buchanan, 1984 [1979]).

Wicksell decía a los economistas: dejen de actuar como si estuviesen aconsejando a un déspota benévolo. No los van a escuchar de todos modos, así que deténganse; desperdician su tiempo y gastan sus fuerzas. Y dijo: si quieren mejorar los resultados políticos, entonces tienen que cambiar las reglas. Nunca van a lograr que los políticos hagan otra cosa que representar los intereses de los votantes a quienes representan. Así que si tienen una cámara legislativa, deberán esperar que el congreso genere resultados que gozarán del apoyo de la mayoría de los grupos representados por esta legislatura. Puede o no surgir un resultado eficiente de esto, pueden o no surgir buenos proyectos que valgan su

costo. ¿Cómo cambiar esto? Cambiando las reglas, avanzando de la regla de la mayoría hacia la regla de unanimidad, hacia un consenso (Buchanan, 2001).

De esta forma, Buchanan pone en cuestión uno de los conceptos elementales de la democracia representativa: la delegación de los asuntos de los ciudadanos en manos de políticos profesionales. Precisamente, esta delegación hace que las pensiones, la educación, la salud, las relaciones laborales y también el medio ambiente queden a merced de decisiones burocráticas en manos de políticos que no necesariamente se guían por el “bien común”.

Pero, ¿cuál es la alternativa a este paradigma? Buchanan, siguiendo a Wicksell, propone un cambio de reglas. Imaginemos que se presenta un proyecto público ¿Cómo estar seguros que amerita el gasto? Buchanan afirma que “el costo lo amerita si los que se benefician pagan lo suficiente para cubrir los costos del proyecto. Así que debe haber algún tipo de arreglo o esquema tributario por medio del cual uno puede lograr un acuerdo general unánime. Se puede utilizar la regla de la unanimidad como una medida contra la cual se calcula el nivel de eficiencia en el sector público” (Buchanan, 2001).

La regla de la unanimidad se presenta como la contrapartida “política” del óptimo de Pareto. Alcanza el óptimo porque implica la adhesión voluntaria a un determinado orden social por parte de “todos” los participantes, o en términos económicos, elimina la posibilidad de externalidades negativas como resultado de decisiones colectivas. Claro que, al mismo tiempo, la unanimidad en la toma de decisiones colectivas eleva considerablemente el costo esperado en la toma de decisiones. Teniendo en cuenta estos costos, que pueden llegar en muchos casos a impedir la toma de decisiones, Buchanan y Tullock sostienen que el individuo enfrentado a una elección constitucional podría decidir voluntariamente aceptar alguna regla menos rigurosa para la decisión de cuestiones de menor importancia.

Por esa razón, cuestiones tales como el respeto a la vida, la propiedad y otros derechos individuales requerían del consenso unánime, mientras que otro tipo de decisiones menores podrían ser tomadas con grados de consenso menores, y por ende, con costos decisorios también menores.

Este principio llevó a Buchanan a trabajar en lo que hoy se conoce como Economía Constitucional:

Mientras se tenga una constitución con la cual las personas están en consenso básico, se puede procurar ciertos resultados en términos de las reglas operativas que la constitución permite desarrollar. Desplazamos la norma wickseliana [de la unanimidad] hacia el nivel constitucional y argumentamos que, de hecho, es más probable alcanzar un acuerdo a ese nivel por la sencilla razón de que las personas no conocen el impacto que una regla particular tendrá sobre su interés personal identificable. Es más probable alcanzar un consenso entre más elevada sea la regla. (Buchanan, 2001)

La pregunta que surge entonces es: ¿A qué nivel corresponde una decisión acerca del grado de la gobernabilidad de la organización social? Para algunos, sobre todo economistas utilitaristas, se requiere una aproximación caso a caso y un cuidadoso análisis empírico para medir los pros y contras de la centralización y la descentralización, pese a que admiten que la heterogeneidad de las preferencias e intereses individuales lleva a que las distintas alternativas favorezcan o dañen determinados intereses, con lo cual resulta difícil alcanzar conclusiones sin el apoyo de juicios de valor. Esto es así porque sus modelos llevan implícito un modelo político basado en un déspota benevolente y eficaz que persigue (y alcanza) el bien común. Esto se articula principalmente en la denominada “función de bienestar social”, el “bien común” que el déspota ilustrado habrá de perseguir. Otras escuelas económicas, particularmente la de la Escuela Austríaca o el *Public Choice*, abandonan —como dijimos— esa presunción de benevolencia reemplazándola con la indiferencia (o incluso con la malevolencia). Siguiendo con la aplicación de las herramientas del análisis

económico a la política, Buchanan, tal como lo hiciera Tiebout (1956) originalmente, también asimiló el consumidor al votante quien, de la misma forma en que elige en el mercado lo que considera los mejores bienes y servicios, según sus necesidades, elige también la comunidad “que mejor satisface sus preferencias por bienes públicos”

1. La democracia limitada e ilimitada en la economía constitucional

Mostramos en la segunda parte de este trabajo que en el constitucionalismo popular los límites establecidos por la historia constitucional son comprendidos como un límite a la democracia o como un cuerpo de ideas contrario al pueblo y a las mayorías. Nos queda entonces un aspecto importante por tratar respecto del lugar que la democracia recibe bajo esta lectura de la historia constitucional. Recordemos que los propios Padres Fundadores de Estados Unidos fueron reacios a utilizar el concepto “democracia” en la Constitución, y lo reemplazaron más bien por el de “república”.

Diremos que la historia constitucional se opone a la “democracia ilimitada” o “democracia de masas”, mientras que es compatible con una “democracia limitada”. Por democracia ilimitada entendemos aquella situación en la que una persona o grupo de personas elegidas por la mayoría del pueblo puede atentar contra la vida, la libertad individual o la propiedad de las minorías; mientras que “democracia limitada” trata de aquella situación en la que las mayorías eligen al gobierno, pero éste debe regirse por reglas, como una Constitución, las que deben preservar los derechos fundamentales de todos, incluso los que no eligieron al gobierno en cuestión.

El propio Buchanan nos puede ayudar en este sentido, en particular en una conferencia presentada ante la Mont Pelerin Society en 1981, en Santiago de Chile, donde enfrentó la democracia ilimitada con la democracia limitada. Préstese atención a la postura que el autor presenta para abrir su conferencia:

Al preparar este trabajo sobre el tema señalado en el título, mi primera reacción fue asombrarme de que alguien pudiera sostener seriamente la idea de una “democracia ilimitada” en cualquiera de sus formas o modalidades. En sentido literal, la “democracia ilimitada” presumiblemente permitiría a una mayoría o a una pluralidad de votantes -ya sea a través de plebiscitos, referenda o asambleas elegidas- hacer cualquier cosa, en el momento que se les ocurra y a quienes les plazca. El significado totalitario de la “democracia ilimitada”, definida e interpretada en este sentido, ha sido reconocido por lo menos desde los tiempos de los primeros autores griegos sobre política. Aunque la teoría política ha retrocedido durante nuestra era, especialmente a partir del siglo XVIII, no creo que sea posible, aun en 1981, encontrar a alguien que defienda sinceramente un régimen mayoritario totalmente irrestricto. (Buchanan, 1981, p. 37)

Aquí no hay espacio para retroceder hasta el pensamiento griego, pero sírvase el lector de unas pocas referencias contra la “dictadura de las mayorías”, como la que nos ofreciera Tocqueville, Herbert Spencer, Friedrich Hayek, Giovanni Sartori y el propio Buchanan:

La mayoría no es omnipotente. Por encima de ella, en el mundo moral, se encuentran la humanidad, la justicia y la razón. (Tocqueville, 1835, p. 368) [...] En cuanto a mí, cuando siento que la mano del poder pesa sobre mi frente, poco me importa saber quién me oprime; y por cierto que no me hallo más dispuesto a poner mi frente bajo el yugo porque me lo presenten un millón de brazos. (Tocqueville, 1835, p. 397)

La función del liberalismo en el pasado era poner límites a los reyes. La función del liberalismo en el futuro será la de establecer límites a los poderes del parlamento. (Spencer, 1884, p. 209)

Debo sin reservas admitir que si por democracia se entiende dar vía libre a la ilimitada voluntad de la mayoría, en modo alguno estoy dispuesto a llamarme demócrata. (Hayek, 1979, vol. III, p. 39)

[C]uando la democracia se asimila a la regla de la mayoría pura y simple, esa asimilación convierte un sector del demos en no-demos. A la inversa, la democracia concebida como el gobierno mayoritario limitado por los derechos de la minoría se corresponde con todo el pueblo, es decir, con la suma total de la mayoría y la minoría. (Sartori, 1987, Vol. I, p. 57)

En la medida en que se permita a la acción colectiva quebrar los límites impuestos por los beneficios mutuos del intercambio, tanto directos como indirectos, la comunidad ha dado un gran paso atrás hacia la selva anarquista o no ha podido dar el principal paso para salir de esta selva en primer lugar. (Buchanan, 2009)

Concluyendo, nuestros derechos a la vida, la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, la prensa libre, la libertad de culto y de reunión y otros derechos fundamentales no pueden subordinarse al voto, no dependen del resultado de ninguna elección.

Cabe cerrar con unas referencias a Friedrich Hayek, premio Nobel en Economía de 1974, a quien Buchanan le reconoce una influencia central, aspecto que se hace evidente en su tratamiento de los “fallos de la política”. El autor ha escrito extensamente sobre esta temática tanto en sus “Fundamentos de la Libertad” (1960) como en su obra clásica, en tres volúmenes, “Derecho, Legislación y Libertad” (1973, 1976, 1979). Aquí remitimos sólo a tres párrafos de una entrevista que compartió con Alvaro Alsogaray en su visita a la Argentina de 1977.

Lo que usted llama ‘democracia de masas’ es lo que yo he denominado ‘democracia’ o —mejor dicho— ‘gobierno con poderes ilimitados’. Esto quiere decir que los gobiernos surgidos de una mayoría electoral, por una deformación del concepto de democracia, se consideran investidos de una autoridad sin límites y de un poder discrecional prácticamente absoluto para hacer todo lo que consideran conveniente hacer. El problema surge de que se da por supuesto que en una democracia los

poderes de la mayoría deben ser ilimitados, y que un gobierno con poderes ilimitados debe usarlos para asegurar los intereses de esa mayoría. El gobierno se verá así forzado, para asegurarse el apoyo continuado de esa mayoría, a hacer uso de sus poderes ilimitados en favor de intereses especiales, esto es, de los grupos que la componen, tales como comerciantes, sindicatos, habitantes de regiones particulares, etc. Esto es especialmente visible en el terreno económico, en el cual el gobierno se verá obligado a intervenir para complacer a los grupos de la mayoría que se desean que se haga una excepción a su favor. En tales condiciones, un partido político que espera alcanzar y mantener el poder apenas tendrá más opción que la de utilizar sus poderes para comprar el apoyo de los grupos particulares. En la práctica esto significa que incluso un estadista íntegramente consagrado al interés común de todos los ciudadanos se encontrará en la necesidad constante de satisfacer intereses especiales, porque solamente así podrá retener el apoyo de la mayoría que necesita para conseguir lo que es realmente importante para él.

[...] Cualquier gobierno en las condiciones que hemos comentado intervendrá en la economía no porque la mayoría sea ‘intervencionista’ sino porque el partido que lo apoya no retendría la mayoría si no comprara el apoyo de grupos particulares con la promesa de ventajas especiales. Desde hace algún tiempo estoy convencido de que lo que amenaza a la economía de mercado no es únicamente el deliberado intento de las diversas especies de colectivistas para reemplazarla por un sistema planificado, ni tampoco las consecuencias de las nuevas y erróneas políticas monetarias: las instituciones políticas que prevalecen en el mundo occidental producen necesariamente un impulso en esa dirección, el cual tan solo puede detenerse o evitarse cambiando esas instituciones. Yo he llegado tardíamente a estar de acuerdo con Schumpeter, quien sostuvo hace treinta años que había un conflicto irreconciliable entre la democracia y el capitalismo, salvo que no es la democracia como tal, sino las formas particulares de organización democrática -consideradas ahora como las únicas formas posibles de democracia-, lo que producirá una expansión progresiva del control

gubernamental sobre la vida económica, aun cuando la mayoría del pueblo desee conservar una economía de mercado.

[...] Creo que ese problema no es sólo de ustedes [los latinoamericanos]; en mi opinión abarca a todo el mundo occidental. La democracia que durante más de cien años hemos conocido en Gran Bretaña se apoyaba en tradiciones muy arraigadas de preeminencia de los derechos individuales y de limitación de los poderes del Estado. En la medida en que esas tradiciones se han ido abandonando durante las últimas décadas, también ese país ha comenzado a experimentar los conflictos analizados.

Hayek comprendió tempranamente que la voluntad de la mayoría ya no determina lo que el gobierno hace, sino que el gobierno se ve forzado a satisfacer todo tipo de intereses especiales para lograr la mayoría. James M. Buchanan agregó más tarde lo que hoy se conoce como “los fallos de la política”: dado que los beneficios del gasto público se concentran en pequeños grupos y los costos se dispersan en un gran número de personas, los primeros tienen incentivos para reclamar el beneficio de ciertas partidas presupuestarias, pero los segundos no tienen incentivos para invertir tiempo en oponerse. De esta manera, el resultado final no siempre es el que las mayorías quisieran, sino que los incentivos del juego de la política nos conducen a un resultado indeseado, incluso por las mayorías.

4. Reflexiones finales

La literatura expuesta intentó mostrar que el constitucionalismo popular se opone en buena medida a la historia constitucional. Por el contrario, la economía constitucional se construye bajo las mismas premisas de los autores clásicos de la filosofía política, extendiendo sus avances a los tiempos modernos.

Como señalamos arriba, sin embargo, los defensores del constitucionalismo popular tienen aún lagunas y contradicciones difíciles de

sortear para quienes estudiamos el movimiento desde afuera. Tomemos por caso, la consideración de Roberto Gargarella (2006) quien afirma que “no es nada obvio que los constitucionalistas populares quieran que las decisiones sean fundamentalmente un reflejo de las opiniones mayoritarias.” Sírvase como ejemplo de ello la referencia de Barry Friedman quien sostiene que “la Constitución no puede significar sólo lo que la mayoría desee [...] pues de lo contrario se equipararía el constitucionalismo a la política común.” (Friedman, 2005, pp. 2599-2601)

De nuestra parte, solo nos queda haber aprovechado esta oportunidad para volver sobre las bases del constitucionalismo y resumir sus expresiones modernas, además de ofrecer argumentos para enfatizar la necesidad de defender las reglas y el marco constitucional.

Para cerrar, podemos recordar aquella historia de Homero, el poeta de la Antigua Grecia, sobre Ulises y las sirenas. Ulises había escuchado que las sirenas seducían a los marineros de las embarcaciones con sus cantos para asesinarlos después. Si analizáramos la situación, el plan óptimo de los marineros sería navegar cerca de las sirenas, escuchar su bello canto, pero alejarse lo suficientemente pronto para evitar la muerte. Pero dado que Ulises conocía el fin de la historia, se da cuenta que *ex-ante* la política óptima sufre de inconsistencia temporal. Ulises encuentra una solución al problema. Pide a sus compañeros que se tapen los oídos y lo aten a un mástil, y que no importa lo que suceda, cualquier orden posterior sea ignorada, sea desatarlo o destaparse los oídos. Si bien no es óptima, porque los marineros se perderían el bello canto de las sirenas, esta solución les permitirá a los tripulantes mantenerse alejados del peligro, salvando sus vidas, su nave y su tripulación.

Cuando la embarcación pasó frente a las sirenas, efectivamente Ulises exigió a sus hombres que lo soltaran y llevaran la embarcación hacia ellas. Pero sus hombres respetaron el plan original, ignoraron la orden y salvaron sus vidas, la de Ulises y la embarcación.

La moraleja de esta historia para la política constitucional es clara. Anticipándonos a los problemas de la política, ya conocidos por todos a lo largo de la historia de la humanidad y descriptos teóricamente bajo los fallos de la política que estudia el *Public Choice*, conviene establecer a priori un marco de reglas constitucionales que definan límites a la acción de gobiernos elegidos democráticamente. De otro modo, el gobierno no podrá evitar verse seducido por el canto del pueblo.

5. Referencias bibliográficas

- Balkin, Jack (1995), "Populism and Progressivism as Constitutional Categories," *Yale Law Journal* vol. 104: 1935.
- Barrancos y Vedia, Fernando N. (2009). "El constitucionalismo popular en los Estados Unidos", Comunicado en sesión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 28 de octubre de 2009.
- Bastiat, Frédéric (1850). "La Ley", en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.
- Beccaria, Cesare (1994) [1764]. *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Altaya.
- Benegas Lynch (h), Alberto (2008). *Estados Unidos contra Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, Colección de Política y Derecho, México.
- Brennan, Geoffrey, y James M. Buchanan (1997) [1987]. *El poder fiscal*, Ediciones Folio, Barcelona.
- Buchanan, James M. (1982). "Democracia limitada o ilimitada", *Estudios Públicos* No. 6, Centro de Estudios Públicos, Chile.
- Buchanan, James M. (1984) [1979]. "Política sin romanticismos: Esbozo de una teoría positiva de la elección pública y de sus implicancias normativas", en Buchanan y otros, *El análisis económico de lo político*. Madrid: I.E.E

- Buchanan, James M. (1986). "The Public Choice Perspective", en *Liberty, Market and State: Political Economy in the 1980's*. New York: New York University Press
- Buchanan, James M. (1995/1996). "Federalism and Individual Sovereignty", *Cato Journal*, 15 (Fall/Winter): 259-68.
- Buchanan, James M. (2001). "Mi Peregrinaje Intelectual", en A. Ravier (2014). *Lecturas de historia del pensamiento económico*, Unión Editorial, 2da edición revisada y ampliada, Buenos Aires y Madrid.
- Buchanan, James M. (2009). *Los Límites de la Libertad. Entre la Anarquía y el Leviatán*, Liberty Fund.
- Buchanan, James M. y Gordon Tullock. (1980) [1962] *El cálculo del consenso*. Madrid: Espasa Calpe.
- Carrió, Genaro R. (1990), "Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría. Propuesta de reformas normativas para hacerlos más compatibles", *La Ley*, tomo 1990-C-I050.
- Constant, Benjamín (1819). "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.
- Friedman, Barry (2005). "Constitucionalismo popular mediado", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2005.
- Gargarella, Roberto (2014). "El nacimiento del 'constitucionalismo popular'", *Revista de Libros*, Segunda Época, octubre de 2014.
- Jefferson, Thomas (1776). "Borrador de la Constitución del Estado de Virginia" y "Reforma de la Constitución de Virginia", en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.
- Jefferson, Thomas (1994) [1774-1826]. *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Nueva York, Modern Library, A. Koch & W. Penden (eds.).

- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay (1788). “El Federalista”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.
- Hayek, Friedrich (1960). *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión editorial, Madrid.
- Hayek, Friedrich (1973). *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. I, II y III, Unión Editorial, Madrid.
- Hobbes, Thomas (2004) [1651], *Leviatán*, Ediciones Libertador.
- Humboldt, William von (1791). “Ideas sobre el régimen constitucional del estado, sugeridas por la nueva constitución francesa” e “Ideas para un ensayo de determinación de los límites que circunscriben la acción del estado”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.
- Hume, David (1752). “Ensayos Políticos”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.
- Kramer, Larry (2004). *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford.
- Krause, Martín, Gabriel Zanotti y Adrián Ravier (2007). *Elementos de Economía Política*, Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Locke, John (1651). “Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil”, en C. Mazzina (2007), *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.
- Mancha Romero, Pedro Miguel (2009). “La Justicia como Equidad y el Constitucionalismo Popular. Aproximación al sujeto normativo en John Rawls y Larry Kramer”, *Revista de Derecho UNED*, no. 5, 2009.
- Mazzina, Constanza (2007). *Controlando al Leviatán: Selección de Textos Clásicos Liberales*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

- Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Barón de (1748). “Del Espíritu de las Leyes”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.
- Niembro, Roberto (2013). “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía* No. 38, abril de 2013, pp. 191-224.
- Paine, Thomas (1776). “Sentido Común”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.
- Ravier, Adrian (2009). “James M. Buchanan y el análisis económico de la política”. *Laissez Faire* No. 30-31, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, marzo-septiembre de 2009.
- Salinas (2012), “Una crítica de la lógica populista desde la visión de James M. Buchanan”, Presentado en la Reunión Anual de la Association of Private Enterprise Education (APEE), Las Vegas 2012.
- Sartori, Giovanni (1987). *La teoría de la democracia*, Madrid, Alianza.
- Sidney, Algernon (1698). “Los discursos acerca del gobierno”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.
- Spencer, Herbert (1960) [1884]. *The Man versus the State*, Nueva York, The Caxton Press.
- Tiebout, Charles M. 1956. “A Pure Theory of Local Expenditures”, *Journal of Political Economy*, 64 (Oct): 416-24.
- Tocqueville, Alexis De (1963) [1835]. “La Democracia en América”, México, Fondo de Cultura Económica.
- Unger, Robert (1996). *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso Press.

CIUDADANÍA Y DESAFÍOS A LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS



LA CIUDADANÍA RESTRINGIDA EN LOS ANTIGUOS TERRITORIOS NACIONALES

Mgr. Luis Emilio Pravato

Producida la organización nacional, la división política de la República Argentina comprendía las históricas 14 provincias y los inmensos espacios geográficos, en el norte, y en el sur, que quedaban fuera de los límites de dichas provincias.

En el año 1862, comenzará a ejecutarse una política tendiente a lograr la incorporación a la vida económica e institucional del país de dichos espacios territoriales.

Ya la Constitución Nacional, texto de 1853-1860, abordó esta temática al establecer en el inciso 14 del artículo 67, como atribución del Congreso Nacional, entre otras, la de "determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias".

Dicha disposición tiene su origen en la Constitución de 1853, en el art. 64, inciso 14, y como fuente en el derecho comparado al art. IV, sec. III, de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787, cuando acuerda al Congreso el poder de formular todas las normas y reglamentaciones necesarias, respecto de los territorios norteamericanos. Esta es una concesión de autoridad plena, y en su ejercicio el Congreso puede actuar como autoridad nacional y local, conforme lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del citado país ("First

National Bank v. Yankton Counthy” (1880); “Simms v. Simms” (1889), cf. Herman Pritchett, 1965: 109/110).

En virtud de esa cláusula constitucional, el Congreso de la Nación sancionó la ley n° 28 (el día 13 de octubre de 1862) de nacionalización de los territorios fuera de los límites o posesiones de las provincias.

El 31 de enero de 1872, se crea por decreto del presidente Domingo Sarmiento una institución de gobierno y administración, denominada territorios del Chaco y su cabeza política, militar y administrativa era el gobernador, el general Julio de Vedia.

Por ley de la Nación Argentina n° 954 (del día 11 de octubre de 1878), fue organizada la Gobernación de la Patagonia, con capital en la ciudad de Mercedes de Patagones¹.

En virtud de la ley n° 576², podemos observar, por primera vez, la existencia de un régimen de organización, administración y gobierno de los territorios nacionales.

Pero será la ley n° 1.532 la norma específica de los territorios nacionales, ya que en ella se encuentran antecedentes de instituciones como la Legislatura, municipalidad y jueces.

¹ Ciudad que en 1884 cambió su denominación por la de Viedma, en homenaje a Francisco de Viedma y Narváez, funcionario y marino de la corona española quien el 22 de abril de 1779, en el contexto de las llamadas reformas borbónicas, fundó en la margen sur del río Negro, el fuerte de Patagones. El citado asentamiento formó parte del Virreinato del Río de la Plata (1776-1810), de las Provincias Unidas del Río de la Plata (1810-1820), de la llamada Confederación Argentina (1820-1852), del Estado de Buenos Aires (1853-1859) separado de la Federación Argentina, integrándose como parte de la provincia de Buenos Aires a la unión federal luego del Pacto de San José de Flores (1859). La ininterrumpida continuidad del citado asentamiento poblacional desde el siglo XVIII, se constituyó en uno de los principales títulos jurídicos, históricos y políticos de la República para incorporar a la Patagonia a la jurisdicción nacional a finales del siglo XIX. Por Ley de la Nación Argentina N° 954 del 11 de octubre de 1878, fue declarada capital de la Gobernación de la Patagonia y en consecuencia, después de un siglo de existencia, dividida en dos jurisdicciones separadas: la margen norte, Carmen de Patagones, se mantuvo como localidad integrante de la provincia de Buenos Aires y la margen sur, Mercedes de Patagones (Viedma), devino en capital del citado Territorio Nacional. Con posterioridad, al dividirse ese primer Territorio Nacional en diversas dependencias patagónicas, conforme lo normado por la citada ley 1.532, se convirtió en capital del Territorio de Río Negro y luego, de la provincia del mismo nombre, al constituirse ella por ley 14.408.

² Sancionada por el Congreso Nacional el 11 de octubre de 1872 y promulgada por el Poder Ejecutivo nacional el día 18.

Esta divide a los territorios nacionales en nueve gobernaciones, a saber, La Pampa; Neuquén; Río Negro; Chubut; Santa Cruz; Tierra del Fuego; Misiones; Formosa y Chaco.

A cada gobernación le establece sus límites. Su artículo 4° nunca cumplido, establecía que cuando una gobernación alcanzara 60.000 habitantes, tendría derecho a ser declarada provincia.

La ley n° 1.532 tuvo vigencia durante setenta años.

La ley n° 14.032 (sancionada por el Congreso Nacional el 11 de julio de 1951 y promulgada por el Poder Ejecutivo nacional el 16 del mismo mes), posibilitaba a los ciudadanos residentes en los territorios nacionales, por primera vez, participar en las elecciones de presidente y vicepresidente de la Nación, y además establecía que dichos territorios elegirían delegados a la Cámara de Diputados de la Nación en la proporción de uno por cada 100.000 habitantes o fracción que no baje de 50.000, sobre la base de las cifras del último censo. Las mujeres en virtud de la citada ley, estrenarían su derecho a votar.

El 12 de agosto de 1954, el Congreso Nacional aprobó la ley n° 14.315 (promulgada el día 25 por el Poder Ejecutivo nacional), sobre la base de un proyecto de la delegada del territorio de Tierra del Fuego, Elena A. Fernícola, que derogando la vieja ley n° 1.532, se constituía en la nueva Ley Orgánica de los territorios nacionales: Formosa, Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego, con jurisdicción sobre el Sector Antártico e Islas del Sur Atlántico, más uno nuevo: el de Comodoro Rivadavia.

Oportunamente los ex territorios de La Pampa y Chaco habían adquirido categoría de provincias por la ley n° 14.037, con los nombres de provincia Eva Perón y Presidente Perón, respectivamente. Misiones fue provincializada por la ley n° 14.294 (sancionada el 10 de diciembre de 1953 por el Congreso).

Por ley n° 14.408 se provincializan los territorios de Formosa, Neuquén, Río Negro, Chubut y Santa Cruz. De conformidad con esa ley, el Poder Ejecutivo nacional convocaría a convenciones constituyentes en las respectivas capitales de los territorios provincializados, sin fijar fecha ni plazo para ello. Dichas convenciones debían dictar las Constituciones de las nuevas provincias, sobre cuya base organizarían sus poderes e instituciones a la vez que especificarían los derechos, deberes y garantías de gobernantes y gobernados. Además la ley contemplaba la transferencia y el dominio de los bienes y servicios, empleados, etcétera, pertenecientes a la Nación.

Para tal fin, el gobierno nacional de facto sanciona el decreto ley n° 4.347 que lleva fecha 26 de abril de 1957 y por el cual se faculta a los comisionados federales a convocar al pueblo de las provincias de Chaco, Chubut, Formosa, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro y Santa Cruz, para que elijan los convencionales que procederían a dictar sus constituciones o reformar las existentes, como en los casos de Misiones, Chaco y La Pampa.

Fue recién en el año 1990 que el territorio de Tierra del Fuego, por ley n° 23.775, se declara provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.³

1. Naturaleza jurídica de los territorios nacionales

La Procuración del Tesoro de la Nación, siguiendo las enseñanzas de Segundo V. Linares Quintana (1937: 56-80), en diferentes dictámenes, definió a los territorios nacionales como divisiones administrativas de carácter temporario, ubicadas fuera de los límites provinciales y sometidas a la jurisdicción y legislación del gobierno nacional. No las consideró como entidades políticamente autónomas, sino como dependencias administrativas que tenían entidad autárquica territorial, destinadas a constituir nuevas provincias una vez que contaran con las aptitudes

³ Conforme <http://www.senado.gov.ar/web/ifep/cong/librook/territorios.htm>

políticas y económicas necesarias para su autogobierno. Para el citado órgano de asesoramiento legal, se trataban de provincias en embrión.⁴

En el mismo sentido, se pronunció la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁵

2. La organización de los territorios nacionales y el principio constitucional de la garantía de la igualdad ante la ley

El artículo 37 de la Constitución de 1853-1860 determinaba que la Cámara de Diputados de la Nación se compondría de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital, que se considerarían a ese fin, como distritos electorales de un solo Estado, y a simple pluralidad de sufragios.⁶

A partir de una interpretación descontextualizada, a contrapelo de los derechos reconocidos en la primera parte de la citada Constitución (Pravato, 2008), en especial la garantía de la igualdad ante la ley, el pueblo de los entonces territorios nacionales se vio impedido de contar con representantes en la Cámara de Diputados, como así tampoco de participar en la elección de presidente de la Nación.⁷

Por ello, un número importantes de ciudadanos argentinos carecían de derechos políticos (Pravato, 2012c).

El principio de igualdad ante la ley que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional, no es otra cosa que el derecho a que no se

⁴ Procuración del Tesoro de la Nación, *Dictámenes*, 120-211; 139-4; 173-316; 181-155; 186-96.

⁵ “...El concepto de territorio supone una división administrativa de la Nación, sometida temporariamente a la jurisdicción y legislación del gobierno federal y destinada a convertirse en provincia autónoma una vez satisfechas las exigencias que la ley respectiva impone. Es de su esencia, parece evidente, la condición temporaria y su potencialidad latente para incorporarse a las unidades autónomas del régimen federal...”. CSJ, Fallos. T. 310, P. 2478

⁶ Dicho artículo tenía su origen en el art. 33 de la Constitución de 1853, modificado por la Convención Constituyente de 1898.

⁷ El art. 81 de la Constitución de 1853-1860 establecía que la elección del presidente y vicepresidente de la Nación se haría del siguiente modo: la Capital y cada una de las provincias nombrarían por votación directa una junta de electores, igual al duplo del total de diputados y senadores que enviaban al Congreso.

establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Si bien el principio aludido no tiene carácter absoluto, las excepciones o trato diferencial lo son para situaciones diferenciables, y no para marcar la desigualdad entre los iguales.

El contenido del derecho constitucional de elegir y ser elegido (derechos políticos en su faz activa y pasiva) que garantiza la Constitución tiene su base fundamental en el sistema representativo adoptado por los constituyentes de 1853 y por imperativo lógico, jurídico y político debía alcanzar a todos los ciudadanos de la República, independientemente que su residencia fuera una provincia, la Capital de la Nación o un territorio nacional.

Debe meritarse que una regla básica del Estado Liberal de Derecho, cristalizada en los respectivos procesos históricos que desencadenaron la revolución inglesa (siglo XVII), la norteamericana y la francesa (siglo XVIII), es el principio que no debe haber “tributación sin representación”. Es decir, los ciudadanos de los territorios nacionales no solo carecían en el orden nacional de derechos políticos (activos y pasivos) sino que como contribuyentes, estaban constreñidos a solventar tributos sin contar con representación en la Cámara de Diputados, ámbito que el Constituyente de 1853, en resguardo de la citada clave de bóveda del orden liberal burgués, delimitó como exclusiva Cámara de origen en los proyectos de ley de creación de tributos.⁸

En otras palabras, durante finales del siglo XIX y la mitad del siglo XX, la clase dirigente argentina, los poderes constituidos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las diferentes agencias gubernamentales y en general los juristas, por acción u omisión, en tanto

⁸ Partimos de la diferente conceptualización que la Constitución Nacional de 1853 da a las nociones de habitante y ciudadano. Es decir, todo ciudadano (argentinos por nacimiento, opción o naturalización, que son titulares de derechos políticos activos y pasivos), son también habitantes (que ejercen derechos civiles). Pero no todo habitante es ciudadano (por ejemplo extranjeros, argentinos menores de 18 años y mujeres con anterioridad a la ley 13.010).

intelectuales divulgadores del discurso hegemónico de las clases dominantes, se negaron a aplicar, de modo integral, respecto a los ciudadanos de los territorios nacionales, el sistema de los derechos del primer constitucionalismo⁹, que incluían los derechos políticos en su faz activa y pasiva.¹⁰

La Constitución de 1853-1860, año este último en que se cierra el ejercicio del poder constituyente originario en la Argentina con la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Federación, está informada por el paradigma del derecho liberal burgués. Desde una concepción individualista y abstracta, que construye un orden jurídico a partir de dos categorías: el contrato (explicitación de la autonomía de la voluntad) y la propiedad privada, reconoce de modo indudable la igualdad formal de los ciudadanos. Tal dato, imposible de negar, fue desconocido a tenor de una hermenéutica forzada y asistemática del artículo 37 de la Constitución Nacional (texto 1853-1860)

Solo a partir de 1983, en virtud de los artículos 4 y 5 de la ley de facto n° 22.847, el entonces territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, eligió dos diputados en la Cámara. Cabe señalar que en su momento, los respectivos diplomas fueron impugnados. La aprobación de los respectivos despachos de legisladores se basó en un dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, presidida por el constitucionalista, Profesor Jorge Reynaldo Vanossi, en que se estableció que la falta de representación del pueblo del territorio nacional sería inconstitucional, ya que se despojaría a un grupo de ciudadanos de sus derechos electorales activos (Ekmekdjian, 1997: 168).

⁹ Que surge del contexto histórico de la revolución inglesa (1688), norteamericana (1776) y francesa (1789) y del cuerpo de ideas elaboradas por Locke, Rousseau, Kant, Constant, etc.

¹⁰ Solo pudieron ejercer los derechos civiles y en algunos supuestos elegir autoridades municipales.

3. Doctrina de los publicistas

Joaquín V. González, en su *Manual de la Constitución Argentina*¹¹, obra utilizada y citada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para fundar sus fallos, realiza una elogiosa glosa del art. 67, inciso 14, Constitución de 1853-1860.

Como se recordará, dicha disposición establecía que correspondía al Congreso determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que debían tener los territorios nacionales que quedaron fuera de los límites asignados a las Provincias.

González, intelectual que participa en la elaboración del discurso hegemónico de las clases dominantes en la Argentina de finales del siglo XIX, encomia el citado artículo, destacando que en el caso, el constituyente argentino ha superado al modelo norteamericano pues, sobre el particular, ha conferido al Congreso expresas competencias.

En los Estados Unidos de Norteamérica los Estados originarios fueron: New Hampshire, Massachussets, Rhode Island, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, North Carolina, South Carolina y Georgia. De los restantes Estados que componen actualmente la Unión, seis adquirieron la categoría de tales sin poseer antes la organización territorial: Kentucky, Vermont, Tennessee, Maine, Texas y West Virginia. Los treinta y uno que pasaron previamente por la condición territorios federales fueron: Ohio, Louisiana, Indiana, Mississippi, Illinois, Alabama, Missouri, Arkansas, Michigan, Florida, Iowa, Wisconsin, California, Minnesota, Oregon, Kansas, Nevada, Nebraska, Colorado, North Dakota, South Dakota, Montana, Washington, Idaho, Wyoming, Utha, Oklahoma, New Mexico, Arizona, Alaska y Hawai.

¹¹ Esta obra, ya clásica en la literatura jurídica argentina, fue publicada en 1897. Las obras completas de Joaquín V. González forman un total de 55 títulos, clasificadas por él en jurídicas y políticas, educativas y literarias, incluidas en éstas las históricas. Como un homenaje de la Nación al citado estadista, y a iniciativa de la Universidad Nacional de La Plata, de la cual fuera presidente, el Congreso sanciona el 22 de junio de 1934 la ley de edición de sus Obras Completas. En el año 2001 la editorial La Ley de Bs.As. realiza una nueva edición del Manual, actualizado por Humberto Quiroga Lavie.

Durante la Confederación (1776-1787), una ley orgánica de 1784, emanada del Congreso Continental, le daba un estatuto común al conjunto de los territorios en que se hallaban asentados los pioneros (*settlers*). Fijaba la frontera de dichos territorios, autorizaba a sus habitantes a dotarse de un gobierno provisional, a la vez que les imponía la adopción de una forma de gobierno republicana (art. 6) y les prometía ser tratados en condiciones de igualdad cuando fuesen admitidos en la Confederación (art.7).

Con posterioridad, por una ley del Congreso Continental denominada Ordenanza del Noroeste, del 13 de julio de 1787, se regula el estatuto del territorio de EEUU al noroeste del río Ohio.

Todo Territorio, conforme las citadas disposiciones, gozaba de una gran autonomía de gobierno y de las garantías legales de la *rule of law* (conforme el *common law*), estando sometido al derecho federal. Tenían derecho a devenir en Estados bajo la forma republicana de gobierno, y a ser admitidos en pie de igualdad en la Federación, junto a los miembros originarios. La Constitución de 1787 dejará en vigor esta ordenanza, confiriendo al Congreso la competencia de legislar sobre los territorios

Devenida la Confederación en Federación, la Constitución norteamericana de 1787 contiene una disposición específica, que regula el modo de incorporación de los Territorios a la Federación. El art. IV, sec. 3, cláusula 1º, establece: “El Congreso de la Unión puede admitir a nuevos Estados”.

Se les dio así, a los Territorios una condición de cuasi Estados miembros de la Federación. Gozaban ante todo de la libertad política, en la medida que tenían la facultad de unirse por propia voluntad al Estado Federal, solicitando su admisión. Si bien el procedimiento de admisión no estaba expresamente regulado, fue estatuido por la práctica.

El procedimiento de admisión comenzaba, en principio, por iniciativa de los ciudadanos de un Territorio que quería convertirse en Estado. Se solicitaba al Congreso la autorización para convertirse en miembro de la Unión. En un primer momento, el Congreso federal dictaba una ley que

habilitaba (*enabling Act*) a las autoridades del territorio a preparar el procedimiento que debía desembocar en la elaboración de una Constitución para el territorio en cuestión.

Una vez ratificada esta Constitución a nivel local, era enviada al Congreso de la Unión, que la aceptaba o no. Pero como este procedimiento no estaba expresamente enmarcado en un texto jurídico, sucedió también que los habitantes de un territorio se reunían en Convención Constituyente y redactaban por propia iniciativa una Constitución.

El Congreso federal no siempre aceptaba como tal la Constitución propuesta y sugería o imponía modificaciones de contenido como condición para la integración definitiva a la Federación. Solamente cuando se superaban los diferentes obstáculos, el territorio en cuestión podía pasar a la etapa final, que debía transformar este cuasi Estado en un Estado miembro, mediante el procedimiento de admisión. Por consiguiente, el territorio debía solicitar solemnemente ser admitido como miembro de la Unión, decidiendo el Congreso (Beaud, 2009).

Es decir, del esquema individualizado resulta de modo evidente, las profundas diferencias del modelo norteamericano respecto a ley nacional no obstante que ambos partían de un idéntico régimen constitucional en el tema.

En América del Norte el proceso en que devenía un territorio en Estado, parte de EEUU, era el resultado de la iniciativa de los ciudadanos y gobierno del propio Territorio.

En la Argentina, en cambio, por mandato de la ley n° 1.532, los territorios nacionales eran dependencias administrativas gobernadas por el poder central, por intermedio de funcionarios nacionales, careciendo sus ciudadanos de derechos políticos (salvo en materia de elección municipal en ciertos casos), y la decisión de convertirlos en provincias era una instancia heterónoma, que detentaba el gobierno federal.

Gramsci es el primer autor marxista que se dedica a desarrollar en forma sistemática el concepto de hegemonía, que ya había sido empleado por

Marx, al referirse en el Manifiesto Comunista al papel del Estado dentro del modo de producción capitalista, y por Lenin (Buci-Gluksmann, 1995).

Pueden individualizarse de la categoría gramsciana de hegemonía, dos usos. En un sentido, se refería a la capacidad del proletariado –o en su caso, de cualquier otra clase social- de convertirse en vanguardia de la sociedad, es decir, de influenciar sobre sus aliados en el contexto de un movimiento revolucionario.

En otro sentido, más restringido, el ejercicio de la hegemonía sería la influencia que la burguesía, en el modo capitalista de producción, ejerce sobre el resto de la sociedad para imponer su ideología, evitando así que la clase proletaria pueda tomar conciencia de la naturaleza revolucionaria que le es intrínseca.

A su vez, respecto de la segunda inteligencia, surgen tres nuevas acepciones del término hegemonía.

Desde una primera lectura, la hegemonía aparece como la capacidad que posee la clase dominante, desde la esfera de la Sociedad Civil, para imponer sus valores a las clases subalternas. Tal inferencia presupone la distinción entre Oriente (Rusia) y Occidente (países de Europa Occidental), conjugando tres pares de conceptos antitéticos: Estado y Sociedad Civil, coerción y consentimiento, y por último, dominación y hegemonía (Anderson, 1995).

Luego, el Estado fundaría su dominación en la coerción, y la Sociedad Civil basaría su hegemonía en el consentimiento. En el momento histórico en que escribía Gramsci, la hegemonía no existía en Rusia pues la Sociedad Civil era débil y desorganizada. Lo contrario ocurría en los países de Europa Occidental, donde como en Italia, la Sociedad Civil pudo imponerse a los movimientos obreros con relativa facilidad mediante los instrumentos hegemónicos, especialmente culturales, tales como, diarios, escuelas, libros, etc.

En un segundo enfoque, la hegemonía se repartiría entre el Estado y la Sociedad Civil, debiendo para ello Gramsci desdoblar el citado concepto.

Existiría una hegemonía política ejercida por el Estado, que incluiría elementos coercitivos, y simultáneamente, se mantendría otra, de carácter predominantemente cultural. Este enfoque resultaría útil para explicar cómo el Estado, desde sus instancias inferiores, esto es, educación y justicia, realiza una suerte de ejercicio de la hegemonía (Anderson, 1995).

Por último, Gramsci identifica al Estado con la Sociedad Civil. El primero se convierte así en coextensivo de la Sociedad Civil, y a su vez, todas las instituciones que surgen en el seno de ésta (partidos políticos, sindicatos, familias, etc.) se transforman en elementos del Estado. Este análisis resulta funcional al concepto que tiene Gramsci del Derecho, el cual excede el ámbito de lo estrictamente jurídico para proyectarse a todos los instrumentos de formación o control social.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta la utilización que hace Gramsci (1990) del Derecho en sus análisis, podemos en definitiva, interpretar al concepto de hegemonía como la capacidad de la clase social dominante para imponer a las clases sociales dominadas su discurso, sus valores, sus metas, en síntesis, su ideología, de tal manera que la conciencia de clase, y con ella la lucha de clases, aparezcan veladas para la sociedad en su conjunto, permitiendo así la naturalización y perpetuación del modo de producción capitalista.

Convalidando las respectivas relaciones de dominación y en particular, el régimen de *capitis diminutio* que va a caracterizar a los habitantes de los territorios nacionales, González (1897: 411-412), desde su prestigioso lugar en la sociedad civil, resaltaré que:

- La posición de los Gobiernos de los territorios nacionales no es idéntica a los de las provincias y de la Nación, siendo el objetivo principal de aquellos, el de educación y aprendizaje para el pleno ejercicio de los poderes de un futuro gobierno de provincia.
- En cuanto los territorios se componen del pueblo, y éste es parte integrante de la nación, tienen todos los derechos civiles reconocidos a todo individuo, mas no así los derechos políticos, que son parte del gobierno

mismo, y de los que pueden ser privados hasta que obtengan plena capacidad.

- Dicha conclusión surge de la propia Constitución, al determinar que pueden admitirse y crearse nuevas provincias, por las cuales se entiende territorios anexados, adquiridos o recobrados y los citados territorios nacionales.

- La ley n° 1.532, reglamentaria del art. 67, inciso 14, Constitución Nacional, al organizar el gobierno de los territorios, contiene las bases de los futuros poderes de gobierno de la provincia que en su momento surgirá.

- Los poderes legislativos se confieren a una Legislatura de territorio, que se formará cuando se haya alcanzado una población mínima de treinta mil habitantes.

- Los Concejos Municipales podrán crearse en localidades de más de mil habitantes, con poderes de cobrar impuestos propios y promover la prosperidad del vecindario.

- Existe un Poder Judicial por vía de las funciones de los jueces letrados, designados por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado, y los jueces de paz elegidos por el pueblo.

- Las funciones ejecutivas corresponden a un Gobernador nombrado por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo de la cámara alta, con atribuciones administrativas y legislativas.

- Cuando la población de un territorio alcance los sesenta mil habitantes tendrá derecho a integrarse a la relación federal como Provincia.

- Hasta tanto ello ocurra, son meras dependencias del Gobierno Federal, que tiene sobre ellos jurisdicción exclusiva por medio de sus tres poderes.

En su momento el Profesor Miguel Marienhoff¹², al analizar en su clásico *Tratado de Derecho Administrativo*, la naturaleza jurídica de los

¹² Resulta interesante destacar que entre los distintos juristas de Derecho Público, Marienhoff fue el único que desarrolló su actuación profesional por décadas en la Patagonia profunda. A finales de la década del veinte, del siglo XX, se gradúa en Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, radicándose en la ciudad de Río Gallegos, capital del entonces Territorio Nacional de Santa Cruz. En dicha localidad desarrollará una intensa actividad profesional por muchos años.

territorios nacionales, los definió como “órganos de órgano”, al carecer de personalidad. Infirió que se trataban de meras circunscripciones administrativas de la Nación. A efectos de fundar dicha conclusión, recurrió a los pocos precedentes jurisprudenciales al respecto, entre ellos, la sentencia del 29 de agosto de 1924 dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata¹³ (Marienhoff, 2000: 561-564).

Los “territorios nacionales”, considerados como tales, carecían de derechos. Pero una vez constituidos en provincias, iban a gozar de todas las competencias de los mentados entes autónomos en la relación federal.

El escenario se modificará con el advenimiento del peronismo en 1946 y los juristas se reposicionarán doctrinariamente frente al nuevo paradigma de ampliación de la ciudadanía política y el derecho de representación y se fragmentan en dos grupos diferenciados: los juristas tradicionales, continuadores del criterio liberal-individualista de la codificación y los juristas actuantes en la reforma constitucional de 1949 y en el gobierno de Juan Domingo Perón. En este contexto la relación entre ambos grupos de juristas (los tradicionales y los peronistas) se presenta con algunas tensiones y posturas disonantes y concordantes vinculadas a diferencias de orden político y no doctrinario.

Ambos segmentos del campo jurídico terminarían sosteniendo la obligación constitucional de reconocer la representación en la Cámara de Diputados de la Nación a los ciudadanos de los territorios, pero lo harán con posturas de una pretendida “visión científica”, “autónoma” y “objetiva” del campo jurídico los tradicionales o liberales, sin involucrarse directamente con el gobierno nacional y formando parte en su mayoría de la oposición antiperonista.

En definitiva, el sector de los juristas peronistas será el más importante pues aportará el nuevo discurso que estructurará jurídicamente la política “transgresora” de Juan Domingo Perón. Este sector se conformará con juristas de distinta y a veces enfrentada orientación ideológica. Así, juristas de

¹³ Publicada en la revista “Jurisprudencia Argentina”, tomo 13, p. 699.

clara formación aristotélica tomista, como Arturo Sampay; nacionalistas rosistas y seguidores de la teoría decisionista de Carl Schmitt, como Joaquín Díaz de Vivar; y teóricos de clara formación marxista como John William Cooke, se aunarán para combatir las interpretaciones liberales de los derechos constitucionalizados y denunciar a los juristas tradicionales como funcionales a la República oligárquica de la etapa anterior al peronismo.

Cooke (2007: 178-324), siendo diputado nacional (1946-1952), en 1948, presentará un proyecto de ley que declaraba la necesidad de reforma parcial de la constitución nacional.¹⁴ Acompañó dicha presentación con un proyecto de reforma constitucional, con sus fundamentos. En el particular, propugna la modificación de los arts. 37 y 81 de la Constitución de 1853-1860, a efectos de otorgarles a los ciudadanos de los territorios nacionales representación en la Cámara de Diputados y voto en la elección de presidente y vicepresidente.¹⁵

Cooke tacha la situación de desigualdad de los ciudadanos de los territorios nacionales como repugnante al principio democrático que informa al orden jurídico argentino. En tal sentido, plantea la contradicción flagrante en que se encuentran dichos ciudadanos, pues, están obligados a defender la patria, mediante el servicio militar y a tributar recursos para la conformación del tesoro público, pero carecen de los correspondientes derechos políticos. De ese modo encuentra a los ciudadanos de los territorios en inferioridad de condiciones con los extranjeros que habitan el suelo argentino, que no tienen obligaciones militares. En consecuencia, plantea la urgencia de remediar la referida privación de los derechos políticos, de representación parlamentaria y de intervención en la elección de presidente,

¹⁴ Firmo también el proyecto en cuestión el diputado Ricardo C. Guardo.

¹⁵ Reformas proyectadas: Art. 37: “La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos por el pueblo de las provincias, de la Capital y de los territorios nacionales, que se considerarán a este fin como distritos electorales de un solo Estado, y a simple pluralidad de sufragios en razón de uno por cada cuarenta y nueve mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos...”

Art. 81: “El presidente y vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo en un mismo acto y a simple pluralidad de sufragios, formando a este fin las provincias, Capital Federal y territorios nacionales un distrito único...”

y la necesidad de llegar a la provincialización de los territorios (Cooke, 2007: 218-219). Sus palabras sobre el particular, están cargadas de indignación:

Son argentinos para defender a la patria, prestando el servicio militar en estado de paz y aportando su sangre si se lo reclama la República en épocas de guerra; son argentinos para allegar recursos al tesoro público en la medida no despreciable que su riqueza contribuye a formar el erario nacional; son también argentinos en el constante esfuerzo por el progreso y prosperidad de la Nación mediante la tesonera acción de su trabajo. Pero no lo son para gozar, como sus conciudadanos, el derecho de sufragio, desde que carecen de él para elegir diputados al Congreso de la Nación y electores de presidente (Cooke, 2007: 218)

En otras palabras, el nuevo discurso jurídico, que habilitará un escenario ampliatorio de la ciudadanía¹⁶, superando la restricción de los derechos políticos que pesaba sobre los ciudadanos territorianos, se articulará con la decidida intervención de juristas informados por diversos paradigmas ideológicos tales como el aristotélico tomismo, el liberal reformista y hasta en un marxismo que hace baza en la cuestión nacional. Tal característica es una nota propia del peronismo, movimiento nacional que se articuló y desarrolló incluyendo a sectores políticos diferentes, que en el pasado argentino, se habían ubicado en sectores antagónicos.

4. Conclusión

Los territorios nacionales no formaron parte en el debate de ideas de nuestra génesis institucional, donde conceptos como Estado, Nación, Provincias, Federación y Confederación asumieron un rol protagónico. Si bien el constituyente de 1853 previó su existencia, al definir la competencia del Congreso de la Nación, su desarrollo, con posterioridad a la organización

¹⁶ Recordando lo ya expuesto, cabe mencionar la reforma del Código Electoral Nacional, que establecerá los delegados parlamentarios; la Constitución de 1949, que por primera vez otorgará expresamente derecho voto a los ciudadanos territorianos en la elección directa de Presidente y Vice; y finalmente, las diversas leyes de provincialización de los territorios nacionales, con excepción del de Tierra del Fuego.

nacional fue materia de ley. En especial, la ley n° 1.532 de 1884 determinó que los territorios nacionales eran meras dependencias administrativas, entidades descentralizadas y sujetas al poder del Estado Nacional. La citada norma concibió un diseño institucional donde se articulaba un órgano gobernador con una Legislatura, con insuficientes facultades en materia presupuestaria, para aquellos territorios que llegaran a determinada población. Tal cláusula que nunca se cumplimentó, presentaba contradicciones. Así, la función legislativa como la administrativa se superponía en cada uno de los mentados órganos.

Asimismo, se desconocieron los derechos políticos de los ciudadanos que residían en los territorios nacionales, todo ello en clara violación del paradigma liberal de la Constitución de 1853-1860. Ello se logró en virtud del discurso hegemónico, funcional a las clases dominantes, elaborado mediante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el papel protagónico de los juristas por vía de la doctrina.

En otras palabras, del déficit democrático que padeció nuestro sistema institucional, vigente desde la Constitución de 1853-1860, que implicó entre otros, la manipulación de las elecciones con anterioridad a la ley Sáenz Peña (1912) , el desconocimiento de los derechos políticos de la mujer hasta mediados del siglo XX, los fraudes electorales en la llamada década infame, la proscripción de partidos políticos y de líderes mayoritarios, se debe contabilizar un capítulo olvidado: la imposibilidad que tenían los ciudadanos residentes en los territorios nacionales de votar y ser votados en las elecciones nacionales.

El peronismo pondrá fin a dicha situación mediante la articulación de un nuevo discurso jurídico, resultante una nueva concepción de la política y la ciudadanía.

Para comprender el papel jugado por los juristas en el escenario de una ciudadanía restringida en los territorios nacionales regidos por la ley n° 1.532, debemos reflexionar respecto del surgimiento del Estado argentino, productor de la Nación, en cuyos intersticios operaron las citadas

dependencias administrativas. A partir de la Revolución de Mayo se desencadenó un proceso político en donde se articularán los elementos del antiguo régimen colonial. En otros términos, el Virreinato del Río de la Plata no es sucedido sin solución de continuidad por un Estado nacional sino que a partir de una dialéctica y conflictiva relación entre Buenos Aires y las ciudades del Interior, con espacios de beligerancia en lo económico, político, cultural y social, se irá articulando una realidad institucional en donde las provincias, sujetos de un nuevo orden político transitarán —derrotada la opción centralista porteña—, un camino que desembocará en el advenimiento del Estado argentino. La disolución del Directorio en 1820 luego de la batalla de Cepeda, significó la desaparición del gobierno nacional, mediante el cual Buenos Aires pretendió reemplazar la autoridad colonial por la suya, sobre las jurisdicciones que componían el Virreinato del Río de la Plata.

El escenario es ocupado por las provincias, entidades de Derecho Público, cuyo origen se remonta a la organización administrativa colonial española —Real Ordenanza de Intendencias de 1782—, que se declaran soberanas y que a través de pactos confederales mediante los cuales en teoría mantienen los derechos de nulificación y secesión, se vinculan recíprocamente. Respecto al conjunto de tratados interprovinciales suscriptos, descollará por su proyección institucional el Pacto Federal de 1831, que será la base normativa para la conversión de la Confederación en Federación, en 1853. El conflicto entre unitarios y federales debe ser interpretado no sólo como un enfrentamiento por la forma de Estado a adoptar sino que el mismo era un capítulo de una lucha más integral entre el interior y Buenos Aires, donde los diferentes modelos de organización económica ocupan un lugar central. Resulta evidente que la Nación argentina es el producto de la acción del Estado y éste, resultado de la creación de las provincias, entidades herederas del sistema colonial español (Pravato: 2011).

En las distintas instancias del referido proceso, diferentes elites combatirán para constituirse en clase dirigente, pero las mayorías,

compuestas por indios, negros, mulatos, mestizos y el universo femenino, verán restringidos sus derechos casi como en la época colonial. Dicho escenario de ciudadanía restringida se convertirá en un importante antecedente cuando pretendamos entender la situación de minusvalía de los ciudadanos de los territorios nacionales, durante la vigencia de la ley n° 1.532 (Pravato, 2012a).

Diferentes escenarios históricos, distintos colectivos sociales afectados, pero un patrón común que como constante nos permite leer en clave, y en consecuencia interpretar en forma sistemática, la situación de discriminación en que se encontraron los ciudadanos de los territorios nacionales durante la vigencia de la ley n° 1.532. En los cuadros referidos, la actuación de los juristas fue determinante en la consolidación de las respectivas ciudadanía restringidas. Así, el régimen jurídico básico de los territorios nacionales, plasmado en la ley orgánica 1.532, construyó un sistema autoritario y centralizado de gobierno, con una mínima participación de los ciudadanos en el reducido ámbito municipal.

Esta participación electoral limitada al ámbito local, en la mayoría de los casos fue letra muerta, donde el poder de decisión se centralizaba en funcionarios nacionales, en especial los llamados gobernadores de los territorios, que como procónsules de la Roma imperial, determinaban en última instancia sobre la vida, la honra y la fortuna de los olvidados habitantes territorianos.

A partir del marco normativo de la Constitución de 1853, la situación de los ciudadanos territorianos podría haber sido otra. Por ejemplo, por vía legislativa se estaba en condiciones de haber incorporado como sección, a los ciudadanos territorianos al padrón electoral de la Capital Federal para la elección de diputados nacionales y representantes en el colegio electoral en la elección presidencial.¹⁷ Fueron los juristas, en su gran

¹⁷ Esta circunstancia evidente fue resaltada en los entonces territorios nacionales. A modo de ejemplo y conforme las investigaciones de Teresa Varela, en el año 1918 el Municipio de Viedma presentó ante las autoridades nacionales un anteproyecto de ley para incluir como sección del distrito electoral de la Capital Federal, a las gobernaciones nacionales: “Entre las reformas a pedir se contara la elección de los gobernadores por los

mayoría, desde la doctrina, la cátedra universitaria, la banca parlamentaria y la judicatura, los que generalmente optaron por una interpretación restrictiva de las reglas en vigencia, en contradicción con el principio de igualdad formal del Estado Liberal, que determinó el analizado cuadro de ciudadanía restringida.

Dentro del colectivo de los juristas un papel capital en la construcción de las relaciones de dominación, la protagonizaron los jueces de la Corte Suprema de Justicia federal, que desde finales del siglo XIX se han arrogado la última palabra en la delimitación de los derechos individuales por vía de la interpretación y el control de constitucionalidad. La conformación de la Corte en 1862 marca la consolidación del diseño institucional de la organización nacional de una “República posible” (Pravato, 2012b). En dicho diseño, en 1884, mediante la sanción de la ley orgánica n° 1.532, se sumarán los territorios nacionales

Desde sus inicios los integrantes del alto Tribunal se caracterizarán a través de sus sentencias, por la defensa a ultranza de la propiedad privada, el sometimiento estricto a la vigencia de los contratos y el cuestionamiento a la intervención del Estado en los mercados. Tales variables jurídicas fueron funcionales al modelo de economía agro exportadora a la que la Argentina se integró en la división internacional del trabajo, propia del capitalismo de finales del siglo XIX. Así, una de las principales preocupaciones reflejadas ya en las primeras sentencias de la Corte, es garantizar los derechos del capital extranjero invertido en la República.

En el mismo sentido, un recurso político no previsto expresamente en la Constitución de 1853, que los jueces del Tribunal Supremo adoptarán desde el inicio, siguiendo la tradición norteamericana, es el control de constitucionalidad en las causas judiciales. Tal “poder político” no fue

habitantes de los territorios y [...] gestionar la ampliación del Distrito electoral de la Capital entrando a formar parte como secciones los Territorios, a fin de obtener participación en elecciones nacionales y elección de un diputado al Congreso por cada Territorio”. AH-CMV-LAIII. 31/03/1918, pp.285-286.

utilizado por la Corte para restablecer los derechos ilegítimamente negados a los ciudadanos territorianos, en especial la imposibilidad de contar con diputados en la Cámara de Diputados de la Nación y elegir electores para los colegios electorales en la elección indirecta de Presidente y Vice. Por el contrario, consolidó el discurso que partiendo del carácter de entidad administrativa de los territorios nacionales, implícitamente legitimaba la situación de ciudadanía restringida de aquellos, obligados a tributar, sin representación parlamentaria en la Cámara de Diputados y a cumplir sus obligaciones como ciudadanos de la República sin poder elegir a sus autoridades.

A nuestro entender los juristas fueron funcionales a los sectores dirigentes estatales porque en general integraron los mismos o eran o pretendían ser cooptados por ellos. En el caso de la Corte Suprema de Justicia, su conformación hasta el advenimiento del peronismo, va a provenir de la dirigencia de la República oligárquica

En el relevamiento practicado, hemos analizado a distintos juristas, de diferentes épocas, ideologías encontradas y participantes de diversos procesos políticos. A partir del mismo texto constitucional de 1853, han tenido opuestas hermenéuticas sobre el contenido de la ciudadanía en los territorios nacionales. Así, entre los más representativos de los diferentes colectivos, Joaquín V. González, lideraría el grupo de los juristas que consideraron necesario y en armonía con los principios constitucionales, la ausencia de derechos políticos en el orden nacional, de los ciudadanos territorianos.

Por su parte Segundo Linares Quintana ante el mentado cuadro de ciudadanía restringida, es uno de los primeros que denuncia la violación de la propia lógica del Estado Liberal burgués (la garantía de la igualdad formal). No obstante ello, no se atreve a romper con el discurso hegemónico, tratando de salvar su propia contradicción con el trillado argumento de la necesidad de reformar el artículo 37 de la Constitución de 1853. En nuestra

interpretación, Linares Quintana se constituye en un caso paradigmático de un brillante jurista cooptado por el statu-quo.

La irrupción en el escenario político y jurídico de juristas peronistas como John William Cooke representa el exitoso intento de denunciar la contradicción de la elite oligárquica conservadora, constructora del Estado nacional, a los principios del propio liberalismo que hipócritamente invocaba. Es decir, la igualdad formal de los habitantes no alcanzaba a los ciudadanos territorianos. Esta línea de pensamiento se vuelve mayoritaria en la Convención Constituyente de 1949, donde juristas como Arturo Sampay, van a reforzar y ampliar el discurso iniciado por Cooke. En definitiva, era inevitable que la irrupción del proyecto peronista de ampliación de la ciudadanía política iba a repercutir radicalmente en la doctrina y la acción de los juristas que se plegaban al justicialismo.

Esta ponencia pretende constituir un saludable cruce entre la Ciencia Política, el Derecho y la Historia, implicando, tal vez, uno de sus principales aportes. Creemos que en el futuro, en temas como la ciudadanía, deberá intensificarse la citada línea de investigación multidisciplinaria.

Luego de este largo recorrido, podría asaltarnos la duda sobre la utilidad de regresar a esta historia marginal de la Argentina. En otras palabras, que aporte en concreto podemos obtener al analizar la situación de los antiguos ciudadanos de los extintos territorios nacionales.

Tal vez hallemos una pista viendo el presente escenario de los derechos en la posmodernidad. En términos actuales, la dinámica de la globalización originó la reprivatización de lo social y mercantilización de los servicios básicos. Por un lado la idea del ciudadano propietario; por el otro, la autorregulación, como base de la autonomía individual. También dentro de este nuevo paradigma, el individuo es definido como consumidor-usuario de los bienes y servicios que provee el mercado. Hoy, conforme sostiene Hugo Quiroga, la concepción de ciudadanía que surge con la modernidad, íntimamente asociada al Estado, se encuentra en crisis. Por un lado, desde el punto de vista político, la desconexión entre las bases teóricas de la

ciudadanía y las vías prácticas de su concreción se ha puesto de manifiesto en las realidades de la democracia actual, cuando se compara el diferente acceso de los ciudadanos al disfrute de bienes. El desafío que se nos presenta en la actualidad, es liberar a la ciudadanía del ámbito estatal y pensarla desde la esfera de la sociedad civil, desde un lugar con capacidad de transformación y participación (Quiroga, 1998).

Tal vez, regresando al pasado y estudiando el específico cuadro de desigualdades que implicó la situación de los ciudadanos en los entonces territorios nacionales, encontraremos ciertos patrones que nos permitan reelaborar el concepto de ciudadanía en la posmodernidad.

5. Referencias bibliográficas

- Anderson, Perry (1995). *Las antinomias de Antonio Gramsci*. México: Fontnamara.
- Beaud, Olivier (2009). *Teoría de la Federación*. Madrid: Escolar y Mayo editores.
- Buci-Gluksmann, Christine (1995). *Gramsci y el Estado*. México: Siglo XXI.
- Cooke, John William (2007). *Obras Completas*. Buenos Aires: Colihue.
- Ekmekdjian, Miguel Angel (1997). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- González, Joaquín V. (1897/2001). *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- Gramsci, Antonio (1990). *Escritos Políticos*. México: Siglo XXI.
- Herman Pritchett, Charles. *La Constitución Americana*. Ed. Tea, Bs.As., 1965.
- Linares Quintana, Segundo V. (1937). *Derecho Público de los territorios nacionales*. Bs.As.
- Marienhoff, Miguel (2000). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 5º ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Pravato, Luís Emilio (2008). "Una historia olvidada: la desigual situación de los ciudadanos en los antiguos territorios nacionales". *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. N° 358, agosto 2008.
- Pravato, Luis Emilio (2011). "Reflexiones sobre el origen del estado nacional". En *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Buenos Aires.
- Pravato, Luís Emilio (2012a). "La ciudadanía restringida, una constante en el proceso histórico político argentino". En *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Buenos Aires.
- Pravato, Luís Emilio (2012b). "La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el proceso histórico de construcción del Estado Nacional". En *Revista Argentina La Ley. La Ley online*. Noviembre de 2012. *La Ley, Actualidad*. 11 de diciembre de 2012.
- Pravato, Luís Emilio (2012c). *Juristas, Estado y Territorios Nacionales*. Saarbrücken: Editorial Académica Española.
- Quiroga, Hugo (1998). "El ciudadano y la pregunta por el Estado democrático". En *Estudios sociales*, Año VIII - N° 14, 1998, Santa Fe.

DISCURSO JURÍDICO Y CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA. PERSPECTIVAS DESDE LA DEMOCRACIA Y EL VOTO EXTRANJERO

Esp. Helga María Lell

1. Introducción

Actualmente, en el Congreso de la Nación Argentina, se encuentra en discusión un proyecto de ley tendiente a incorporar en el electorado a nivel nacional a los extranjeros que hayan residido en el territorio estatal durante al menos dos años. Esta medida que intenta generar una mayor igualdad entre quienes habitan el suelo argentino, consagrar un sistema democrático coherente y cumplir con los propósitos constitucionales, se enmarca en un amplio campo de debates respecto de la conformación de la ciudadanía y de las representaciones sobre la “argentinidad” y la migración deseada/indeseada.

El discurso jurídico constituye un plano de distinciones que divide entre aquello que es considerado lo Mismo y lo Otro, aquello que pertenece a una categoría por poseer cierta característica y aquello que queda excluido del grupo por carecer de ella. A partir de este sistema de distinciones, el Derecho, o, más bien, sus operadores, constituyen un sistema de reparto de potencias e impotencias de derechos.

Esto construye algunos tipos de ciudadanos que, al menos, en relación con su capacidad política activa, se encuentran posibilitados de participar en la toma de decisiones o no.

La idea de participación frente al Estado como criterio se relaciona con la clásica propuesta que identifica a este con un ordenamiento jurídico que ha alcanzado cierto grado de centralización en su producción y aplicación normativas.

Esta concepción del Estado, en principio, es aparentemente formal y por lo tanto aquel se extiende sobre el ámbito de validez territorial y personal del ordenamiento jurídico. No obstante, es precisamente la relación entre personas y territorio que apareja un problema en relación a la clasificación de ciudadanos. ¿Todo aquel que habita un territorio estatal es ciudadano? Aquí abordaremos cómo esta pregunta se traduce en un inconveniente a la hora de dilucidar si deben o no votar los extranjeros residentes en el país, esto es, si forman parte del pueblo activo o no en términos democráticos.

En particular, se pretende repensar cómo la presencia de los extranjeros acciona mecanismos sociales de inclusión y de exclusión que son acompañados y respaldados por el discurso jurídico. Junto con ello, la noción de ciudadanía se encuentra presente y enfrenta procesos de retracción o de expansión. El objeto de este trabajo, entonces, no es llevar a cabo un análisis del proyecto de ley sino más bien aprovechar la circunstancia de su presentación para plantear un debate respecto de cómo se dibujan categorías sociales entre los que son considerados parte de una sociedad y los que son mantenidos fuera de ella.

La línea de análisis a seguir parte de repensar el vínculo entre la población del Estado y el Estado mismo entendido como un ordenamiento jurídico, esto es, en los términos propuestos por la teoría kelseniana, puesto que, como afirma O'Donnell (1993), para comprender adecuadamente los diversos procesos de democratización es necesario revisar las concepciones corrientes sobre el Estado, especialmente en lo referido a su dimensión legal.

La consideración de los desafíos al orden democrático de construcción de la ciudadanía es relevante en cuanto conduce a tomar conciencia respecto de las construcciones sobre la inclusión y la exclusión que un orden realiza y del trato igualitario o desigualitario a los diferentes

miembros de la comunidad política. En el mismo sentido, apunta a tener en cuenta los preceptos legales que en un plano formal y retórico consagran una política de tolerancia y respeto y a observar cómo en la práctica dichos preceptos requieren de políticas efectivas para ser llevados, también, a la práctica.

2. Marco de discusión

El desafío democrático, en las sociedades resultantes de la movilidad internacional, es el de lograr la coexistencia armónica de cada uno de estos componentes estatales e identitarios y la plena realización de ellos por considerarlos valiosos y constitutivos de las unidades soberanas. Cabe destacar que la democracia se presenta como un modelo organizacional inclusivo y tolerante que pone en igualdad de condiciones a los diversos aunque frecuentemente encubre la desigualdad que persiste y determina la relación entre las personas en la sociedad (Villavicencio, 2000).

¿Por qué la democracia? La calificación de un régimen como democrático tiene connotaciones morales ya que existe un consenso general respecto de la característica de deseable para las organizaciones políticas en tanto presupone y tiende hacia la consagración de la reducción de desigualdades y, consecuentemente, a la igualación de los ciudadanos en la elaboración del derecho y las políticas que luego les serán aplicables. En síntesis, la democracia presupone un Estado/ordenamiento jurídico que atribuye carta de ciudadanía a ciertos sujetos sobre una base universalista e incluyente (O'Donnell, 2007).

Es ciudadano todo aquel que por ser miembro de un Estado tiene la obligación de obedecer el ordenamiento jurídico. Como contrapartida, el ciudadano tiene derecho a concurrir a la formación de las normas. No obstante ello, esta base de presupuestos que aparece en términos ideales, requiere para su consagración fáctica que todos los sujetos a los que se pretende igualar tengan un *locus* de enunciación desde el cual bregar por sus propios derechos y adaptación de las normas generales a sus

particularidades, esto es, que posean reales posibilidades de petitionar por sus intereses, de ser oídos y de cumplir sus objetivos. Por ello, pareciera más adecuado, en contraposición con las afirmaciones anteriores, entender la democracia no como un espacio homogéneo de mera agregación de intereses mayoritarios sino más bien como un espacio político de litigio y de manifestación de la diferencia (Penchaszadeh, 2012).

En relación con lo antedicho, vale aclarar que la ciudadanía, concebida como estatus unitario, iguala jurídicamente a los sujetos por la asignación equitativa de derechos (civiles, políticos y sociales), deberes, responsabilidades, libertades y potestades (Villavicencio, 2003). Desde el punto de vista político, la unidad entre el heterogéneo grupo de sujetos normativos se funda en el respeto de los ciudadanos hacia una ley común (Villavicencio, 2008).

Ahora bien, si el concepto de ciudadanía iguala jurídicamente a quienes se aplica en cuanto a sus derechos y obligaciones, la diversidad, democráticamente aceptada, amenaza, en algunos casos, con la ruptura de este presupuesto en tanto obliga a pensar en distintos derechos entre iguales ciudadanos. Mientras la ciudadanía implica uniformidad, la inclusión en lo Mismo, la diversidad exige diferenciar. En este contexto, la democracia plantea la unidad y coexistencia sin imposiciones culturales, raciales, étnicas o de género.

La lógica moderna de los ordenamientos jurídicos estatales los presenta como unidades homogéneas representativas de los valores sociales (que son iguales para todos y cada uno de los ciudadanos). El desafío inclusivo es, en muchos casos, solventado mediante preceptos retóricos que evitan la caída en una contradicción performativa¹ ya que en un Estado democrático (Mignolo, 2008) la exclusión arbitraria fundada en motivos

¹ Alexy (2008) utiliza la noción de contradicción performativa para demostrar la conexión entre derecho y moral. Un ejemplo sería una Constitución que dispusiera que la República X es soberana, federal e injusta. Este artículo sería absurdo pues acarrearía una contradicción performativa entre lo que está implícitamente entendido cuando se actúa en el marco de una constitución (lo que es justo) y lo que está explícitamente declarado (un régimen injusto).

culturales, raciales, étnicos, de sexo, de clase, religiosos, entre otros, sería inadmisibles.

La búsqueda de igualdades, si bien constituye un objetivo ya instalado en las nuevas tendencias latinoamericanas, aun reviste resabios coloniales. Precisamente, esta es otra característica de estas sociedades del sur. Como señala Quijano (2007) se ha perpetuado la colonialidad del poder de la que se vale el sistema capitalista y ello es notorio en la selectividad de diferencias a partir de las cuales categorizar y distinguir entre sujetos. Si bien son precisamente estas diferencias las que se pretenden paliar, el uso de las mismas categorías y dicotomías coloniales constituye una prolongación inconsciente de la colonialidad occidental.

El Estado moderno es regido por una lógica colonial y, a la luz de ello, parte de la idea de homogeneidad sustancial en su población y de unidad jurídico-formal (Galli, 2006). Un claro ejemplo teórico de ello lo proporciona Hans Kelsen cuando caracteriza al ordenamiento jurídico como piramidal y lo identifica con el Estado. La *Teoría Pura del Derecho* y la disolución del dualismo Estado/Derecho que ella plantea han sido más que exitosas en cuanto a su concreción práctica. Esta afirmación radica en el hecho de que, a pesar de las superaciones teóricas que ha sufrido la teoría kelseniana y la explicitación de casos que son susceptibles de poner en crisis el paradigma de la Teoría Pura, la lógica de los ordenamientos jurídicos positivos sigue nutriéndose de ella en su base. Ello, con cierto disimulo que pretende solventar, al menos retóricamente, los puntos críticos insurgentes.

Luego de este extenso planteo, cabe destacar que los desafíos que presenta la coexistencia de diferentes grupos culturales, étnicos, religiosos, entre otros, a la concepción democrática de la organización política, estatal y social, no solo proviene de la existencia de pueblos originarios, sino que,

también, y sobre todo a partir de la globalización², el fenómeno migratorio aporta en términos de desafíos regulatorios.

Precisamente, en consonancia con lo que se ha indicado previamente, el objetivo de este trabajo es analizar la relación entre la inmigración internacional y la ciudadanía como constructo jurídico a partir de la atribución (o no) de derechos de participación política.

Si, de acuerdo a la visión kelseniana, el Estado se extiende sobre aquellos sujetos que se encuentran coexistiendo en el ámbito de validez y eficacia de un ordenamiento jurídico, entonces, no existirían razones suficientes para excluir de las regulaciones jurídicas a un conjunto de inmigrantes³. No obstante, los Estados son reticentes a la aceptación de estos inmigrantes como propios, al menos, en muchos casos según las representaciones existentes sobre la inmigración y los países de origen. De esta manera, se produce un desfase entre los sujetos destinatarios de las normas jurídicas (sujetos normativos) y los sujetos productores (autoridad normativa)⁴.

Ahora bien, dado que el régimen democrático supone la igualdad de los ciudadanos, el conferir derechos políticos a los residentes, es decir, a los extranjeros que no se han nacionalizado, provoca una paradoja puesto que, en realidad, aparecería una desigualdad. La “tesis de la desigualdad” puede ser formulada en los siguientes términos: mientras algunos deben ser de nacionalidad argentina para ejercer sus derechos políticos en relación con el Estado Argentino, otros pueden ejercerlos sin ser argentinos en los términos de la ley n° 346 (arts. 1 y 2).

Esta cuestión es clave, más allá del proyecto en particular o de las circunstancias argentinas. Lo que es trascendente aquí es el trasfondo de la discusión: ¿se le deben conferir derechos y obligaciones a todos los

² Para ampliar respecto del proceso de globalización, sus efectos sobre los actores sociales, la soberanía de los Estados la influencia de las migraciones, transformaciones en la ciudadanía, el orden económico y la atribución de derechos, ver Sassen, 1996, 2007, 2008.

³ Inmigrantes que, como contrapartida, son emigrantes/emigrados de otro Estado (Sayad, 2008)

⁴ La terminología corresponde a von Wright, 1970.

habitantes de un territorio? Si la respuesta es afirmativa, entonces, todos son ciudadanos en los mismos términos. Si todos son iguales ¿por qué hablar de nacionales, extranjeros, residentes, etc.? ¿De dónde provienen y por qué se mantienen las categorías que identifican y aúnan, por un lado, y dividen y marginan, por el otro?

3. El proyecto de ley

Nuevamente es pertinente señalar que no es objeto de este trabajo centrarse en el estudio del proyecto de ley sino más bien reflexionar sobre las implicancias que las medidas de este tipo tienen y el trasfondo social, cultural, jurídico y político que las acompaña.

El proyecto de ley presentado por los senadores nacionales Aníbal Fernández y Elena Corregido para establecer el voto extranjero a nivel nacional prevé el reemplazo del artículo 1 de la ley n° 19.945⁵ de manera tal que figuren dentro de la categoría de electores aquellos extranjeros con residencia permanente a partir de los veinticuatro meses de obtenida tal calidad. El resto del articulado resuelve adaptaciones de la legislación vigente a efectos de hacerla coherente con este cambio. Entre ellas merece destacarse la que se encuentra en el artículo 5 que incorpora el artículo 15 bis a la ley n° 25.871 de política migratoria argentina y señala que “[l]os extranjeros admitidos en el país como residentes permanentes gozarán de plenos derechos políticos a partir de los VEINTICUATRO (24) meses de obtenida tal condición”.

La residencia permanente es definida por el artículo 22 de la ley n° 25.871 como aquella que se otorga: 1) a todo extranjero que, con el propósito de establecerse definitivamente en la Argentina, obtenga de la Dirección Nacional de Migraciones una admisión en tal carácter, 2) a los inmigrantes parientes (cónyuge, hijos y padres) de ciudadanos argentinos, nativos o por

⁵ El texto actual dice: “Son electores los argentinos nativos y por opción, desde los dieciséis (16) años de edad, y los argentinos naturalizados, desde los dieciocho (18) años de edad, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en esta ley.”

opción y 3) a los hijos de argentinos nativos o por opción que nacieren en el extranjero.

El decreto n° 610/10 reglamentario de la ley n° 25.871 requiere que el extranjero que solicite su residencia permanente acredite:

- a) Ser cónyuge, progenitor o hijo de argentino nativo, naturalizado o por opción; teniendo en cuenta principios de unidad, sostén y con el alcance del derecho de reunificación familiar establecido en la legislación pertinente y en el artículo 10 de la presente Reglamentación.
- b) Ser cónyuge, progenitor, hijo soltero menor de DIECIOCHO (18) años no emancipado o mayor con capacidad diferente, de un residente permanente, teniendo en cuenta principios de unidad, sostén y con el alcance del derecho de reunificación familiar establecido en la legislación pertinente y en el artículo 10 de la presente Reglamentación.
- c) Tener arraigo por haber gozado de residencia temporaria por DOS (2) años continuos o más, si fuere nacional de los países del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR) o Estados Asociados; y TRES (3) años continuos o más, en los demás casos. Asimismo, deberá dar cumplimiento a las demás condiciones que determine la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES según el tipo de residencia temporaria de que se trate.
- d) Haberse desempeñado como funcionario diplomático, consular o de Organismos Internacionales y haber permanecido en sus funciones en el territorio argentino por el tiempo previsto para cada caso en el inciso anterior.
- e) Tener la condición de refugiado y cumplir con alguno de los criterios previstos en los incisos a), b) o c) de este artículo; y el asilado que, cumpliendo con los mencionados criterios, obtuviera la autorización de la autoridad competente en la materia. (art. 22, decreto 610/10)

Respecto del proyecto de ley bajo análisis, resulta especialmente interesante la lectura de la exposición de motivos que lo acompaña dado que pone de manifiesto el estado de cosas que se pretende modificar y las

tensiones entre la situación que se pretende revertir y la concepción de la democracia vigente.

En este sentido, en un primer lugar, en dicha exposición se aclara que el plazo exigido de al menos dos años a computar desde conferida la residencia permanente para poder sufragar en el orden nacional toma como referencia el contemplado en el artículo 2 de la ley n° 346 (ley de ciudadanía)⁶ para la naturalización y que, a su vez, hace presuponer que el extranjero ya habrá vivido (aunque como observador externo) para ese entonces el desarrollo de al menos un acto electoral previo.

A continuación, el proyecto hace mención de la frase propia del Preámbulo constitucional: "...y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino..." que sintetiza la generosidad de propósitos y la idea de contrato social abierto al que podían unirse quienes lo desearan. Asimismo, se dice, esta idea proporciona una mayor amplitud a lo preceptuado por el artículo 20 de la Carta Magna⁷.

A partir de estos argumentos se concluye que los fundamentos legitimantes del sistema democrático no permiten la exclusión de los extranjeros del derecho a elegir a sus representantes en los órganos de gobierno.

Asimismo, se agrega que desde el punto de vista utilitarista el sistema democrático es el que mejor sintetiza las preferencias de los votantes y en el cual las decisiones públicas se adoptan a partir de la acumulación de tales preferencias. Entonces, privar a los extranjeros del derecho a sufragar conlleva a excluir sus preferencias en la elaboración de políticas públicas. No obstante ello, dado que estas políticas les serán

⁶ Dicho artículo establece: "Son ciudadanos por naturalización: 1.- Los extranjeros mayores de diez y ocho años que residieren en la República dos años continuos y manifiesten ante los Jueces Federales de sección su voluntad de serlo. (...)"

⁷ "Artículo 20- Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República."

aplicables, es razonable la consideración de sus opiniones. Este argumento puede sintetizarse en la frase de que deben participar en la formación de la voluntad legal aquellos sobre quienes luego recaen los derechos y obligaciones que tales leyes establezcan.

Por otro lado, en el proyecto se señala que las instituciones políticas deben reflejar las problemáticas y posturas de los representados por lo cual es necesario un estrecho vínculo entre representantes y representados.

Luego se recurre a un trabajo de Noelia Gonzáles (al cual se hará mención en las páginas que siguen) y se expresa, junto con la autora, que el voto es un medio para alcanzar la integración.

En cuanto a la imagen del extranjero, el proyecto lo presenta como víctima de una doble exclusión: de la sociedad de la que es emigrante y de la sociedad en la cual es inmigrante.

Además, se argumenta la necesidad de coherencia sistémica entre los derechos reconocidos por el plexo normativo y se referencia el artículo 16 de la Constitución Nacional en cuanto establece el principio de igualdad. Como complemento, se trae a colación la conocida interpretación constitucional respecto de que la igualdad debe medirse en igualdad de circunstancias. Con ello y con los argumentos que continúan sobre las dificultades de trazar diferencias constitucionales o inconstitucionales se intenta soslayar la crítica respecto de que se estaría otorgando un privilegio a un sector en detrimento de otro.

En otro orden de ideas, se apunta que desde la perspectiva de los derechos humanos, el efectivo goce de las prerrogativas que implican una ciudadanía económica y social (todos los que habitan el territorio nacional gozan de derechos civiles, económicos y sociales en condiciones de igualdad, incluso aquellos que se encuentran en situación irregular pueden acceder a la educación y salud pública sin ser discriminados por su origen o situación migratoria) debería conllevar al reconocimiento de los derechos políticos de quienes tienen voluntad de establecerse sin que tengan que abandonar su pertenencia nacional.

Para finalizar, se realiza un análisis de derecho comparado y se enumeran los países que han tomado medidas similares a la que se proyecta. Lo mismo se realiza en el orden provincial interno en tanto se expone cómo la mayoría de las provincias argentinas han reconocido el derecho a sufragar a los extranjeros para la elección de autoridades locales. Este argumento concluye con el interrogante acerca de si es posible ser ciudadano de la ciudad o la provincia donde se vive pero no del país. La respuesta que se brinda es negativa.

Por estos motivos, concluye el proyecto, “a los fines de remediar la injusta situación en la que se encuentran los extranjeros residentes respecto del ejercicio de los derechos políticos, principalmente el derecho a elegir” se solicita el apoyo de los legisladores para sancionar la correspondiente ley.

4. El derecho como narración⁸

Como enseña François Ost (2005), el derecho debe ser pensado desde el fondo común de la narratividad social que informa la identidad de una sociedad y sus productos culturales.

El discurso jurídico posee una dimensión simbólica que genera una visión de la ciudadanía y la consagra mediante mecanismos de inclusión y exclusión. Entonces, como instrumento del poder que es, realiza una selección de características y problemáticas a la par que, en razón de ello, atribuye potencias e impotencias (Ciuro Caldani, 2007). Aquí entonces es pertinente la pregunta de Verena Stolcke (1999) que puede ser reformulada de la siguiente forma: ¿por qué tomar algunos rasgos para distinguir y no otros? ¿Por qué utilizar como criterios el sexo, la raza, la cultura, el lugar de procedencia y no, por ejemplo, la estatura para justificar una desigualdad social? Como se verá más adelante, los criterios de selección son fijados en

⁸ Para ampliar la visión del derecho como narración se recomienda la lectura de Calvo, 1996 (que aborda distintos campos de justificación y argumentación, entre los cuales se destaca el propio de las exposiciones de motivos), Martínez García, 1992 (que parte del derecho como constructor de una realidad mediante el recurso de la invención, la ficción y el artificio) y van Roermund, 1997 (que toma al derecho como relato que vigilia la imagen de la sociedad como orden justo).

base al sistema colonial/moderno y paulatinamente son naturalizados por lo que su arbitrariedad se diluye en el inconsciente colectivo. Así, muchos de los comportamientos de los individuos deben ser comprendidos a partir de la normatividad positiva que no solo prescribe conductas sino que también otorga estatus desde los cuales se produce la integración comunitaria y el diálogo entre grupos (Médici, 2012).

Una característica interesante del discurso jurídico es aquella que marca su legitimidad. Al respecto, señala Cárcova (1998) que esta no deriva de la aceptación de un orden jurídico puesto que este es sumamente complejo y basto y, consecuentemente, incognoscible en su totalidad. Entonces, la legitimación deriva de un consenso supuesto a partir de la institucionalización de procedimientos de decisión vinculantes.

Si bien el concepto de ciudadanía es diferente al de nacionalidad, existe un complejo conflicto entre ambos derivado de una pugna por el poder generada por las pretensiones de imposición de una forma de gobierno por parte de ciertas tradiciones culturales.

En este marco, se genera la idea de lo Mismo y lo Otro. La tradición colonial moderna ha instalado un modelo de ciudadano ideal y ha procurado su expansión. Sin embargo, las figuras resistentes y diferentes constituyen una amenaza: son lo Otro del ciudadano.

5. Lo Mismo y lo Otro

Pregunta Foucault (2007) en qué condiciones o a partir de qué *a priori* histórico el pensamiento clásico reflexionó sobre la similaridad o equivalencia entre las cosas que fundamentan las palabras, las clasificaciones y las categorías. En otros términos: ¿cuál es el tablero de las identidades claras y distintas que se establece sobre el fondo indefinido de las diferencias? Lo Otro es aquello extraño para una cultura que debe excluirse para conjurar un peligro interior. Lo Mismo, por su parte, es aquello disperso y aparente que se recoge en identidades.

El ordenamiento jurídico es un orden de reparto (Rancière, 2009) que asigna o no asigna derechos en forma explícita o implícita. De esta manera, construye categorías entre los que revisten cierto estatus y entre quienes no. Entonces, el sistema normativo constituye el tablero de definición sobre el cual separar lo Mismo de lo Otro.

Si la subjetividad se construye en base a los derechos y obligaciones imputados⁹, también se edifica a partir de los potencialmente imputables y no imputados por voluntad de la autoridad normativa ya sea expresa o implícitamente. Además, si las normas son proposiciones lingüísticas performativas¹⁰, son constructoras del propio objeto al que se refieren al incluir en el mundo jurídico aquello sobre lo que versan y del modo en que lo hacen. En este sentido, la naturaleza de las cosas materiales es una cuestión lingüística en tanto implica la búsqueda de una definición.

Las creencias operan sobre la conducta humana en tanto la dirigen conforme al imaginario reinante (Wolfzun, *s/d*). Por ello, no es casual que, ante la idea de diferencia respecto de lo Otro, el discurso jurídico se sirva de formas simbólicas distintivas para quienes no encuadran en lo Mismo. Las creencias, entonces, inspiran el orden que se le da al mundo, a las clasificaciones y rótulos de lo que se halla dispuesto en la realidad, o sea, brindan una conceptualización, una inteligibilidad de lo heteróclito.

En este marco, en la opinión pública y el inconsciente colectivo, suelen encontrarse instaladas representaciones tales como que el inmigrante¹¹ es en sí mismo el diferente, que la respuesta espontánea e

⁹ Respecto del concepto de persona como noción jurídica, es decir como centro de imputaciones de derechos y obligaciones, véase: Kelsen, 2008. Allí, el autor aborda el dualismo presentado por la teoría tradicional entre la persona y la persona jurídica. Así, el autor al disolverlo señala que ambos conceptos son parte de lo mismo pues toda persona es jurídica y, por lo tanto, acompañar al sustantivo con tal calificativo es una redundancia.

¹⁰ Los enunciados realizativos o performativos son, según John Austin, aquellos con los cuales se hace algo y, por lo tanto, no describen, ni son verdaderos ni falsos. Por ejemplo: ‘Los declaro marido y mujer’ (cf. Austin, 1971).

¹¹ Cabe aquí introducir la distinción que efectúa Sayad (2008) entre las nociones de “inmigrante” y “extranjero”. Así, mientras el primero es una condición social, el segundo es un estatus jurídico-político. Esto resulta interesante puesto que puede pensarse que la reacción ante el inmigrante es la del miedo y la respuesta a su diferencia es la marginación. No obstante, ello no necesariamente ocurre con todos los extranjeros.

incluso natural ante la diferencia que él representa es el miedo o que la diversidad cultural que aquel incorporaría es algo anómalo que rompe con la estructura de homogeneidad y la armonía sociocultural. En relación con la idea de lo Mismo y lo Otro, el inmigrante se convierte en una figura social de la alteridad que, definido como extraño, con su sola presencia dispara el proceso de identificación de la sociedad en torno a su diferencia al permitir redefinir las representaciones más elementales de sí misma. Así, los discursos sobre la migración utilizan una lógica binaria que oscila entre “nosotros” y “ellos” basada en un “nacionalismo metodológico” (Lurbe y Santamarina, 2007).

De este modo, se está dando la paradoja de que al mismo tiempo que con estos estudios se pueda estar poniendo de manifiesto el extrañamiento de los migrantes, se refuerce implícita e involuntariamente esta misma alienación, pues, como señala Draï «el otro es ese alguien a quien no se habla como a un sujeto, sino del que simplemente se habla» y, en este caso, del que se dice que se habla de una cierta manera. (Lurbe y Santamarina, 2007: 62)

Por último, no obstante lo dicho, resulta menester señalar, junto con Lurbe y Santamarina (2007), que las alteridades no son lo Otro y sus características sino que son el producto de las relaciones que se mantienen, en determinados contextos, entre los distintos actores sociales. La alteridad, entonces, no se define como la cualidad de una identidad otra, sino como el efecto de relación entre al menos dos heterogeneidades. En consecuencia, parecería más adecuada la noción de “relación de alteridad”.

6. El estatus *quo* de la cultura política

La ciudadanía en un marco democrático debe ser concebida como el vínculo que permite, a través del ejercicio de los derechos civiles, sociales y políticos, una convivencia civil que preserve la pluralidad cultural de los

sujetos y los grupos que se hallan sujetos a ese marco. La ciudadanía, entonces, no se orienta, pues, a la conservación de una identidad étnica o socio-cultural determinada, sino únicamente de una cultura política que, en un Estado constitucional democrático, sea compatible con una pluralidad cultural individual y colectiva (Aláez Corral, *s/d*).

Ahora bien, si se reconoce la totalidad de derechos a los extranjeros que cumplen las condiciones legales, es decir, se les otorga la ciudadanía completa, ¿tiene sentido la distinción entre lo Mismo y lo Otro en estos casos?

Los derechos políticos, en este contexto, cumplen una función paliativa de la diferencia persistente y que roza constantemente con los condimentos igualitarios de la democracia, pues si todas las sociedades determinan una identidad a través de la creación de lo Mismo y lo Otro basándose en la figura del inmigrante (aunque no solo de los inmigrantes), eliminar definitivamente la diferencia entre residentes y nacionales a partir del reconocimiento igual del conjunto de derechos y, en especial, de los derechos políticos, implicaría un reconocimiento igual frente al Estado y en el Estado. Los extranjeros pasarían a formar parte del Estado y podrían tomar decisiones y definir las políticas públicas (Penchaszadeh, 2012). Serían, entonces, parte de lo Mismo y no de lo Otro.

Ahora bien, las bases sobre las se articula este tablero jurídico que traza límites entre lo Mismo y lo Otro remiten a la voluntad estatal. Esta arbitrariedad política para establecer clasificaciones se manifiesta en dos dimensiones en las cuales opera el poder soberano de definir una inclusión en la exclusión y una exclusión en la inclusión: 1) la dimensión espacial que parte de definiciones conservadoras de la nacionalidad e implica: a) la posibilidad de deslocalización por externalización de la pertenencia (“acá vivo, allá voto”), y b) la territorialización de la pertenencia por internalización de las políticas de residencia (“aquí vivo, aquí voto”).

No habría, entonces, a priori un criterio certero de determinación de la pertenencia en su dimensión espacial, quedando entonces supeditado a los vaivenes políticos y a una historicidad de la frontera: el nosotros podría estar “allá”, deslocalizado, fuera del territorio, así como los “otros” podrían estar desde siempre “aquí”, “adentro” claramente en el territorio. (Penchaszadeh, 2012: 47);

y 2) la dimensión política soberana que reconoce el hecho de la presencia “sostenida” de los extranjeros en determinados países (Penchaszadeh, 2012).

7. El Otro del ciudadano

La instauración de una nación cívica implica generar una homogeneidad identificada con valores en común. A partir de ello, el ciudadano ideal es aquel que reúne todas las cualidades en la forma óptima de sus realizaciones.

Sin embargo, ante la definición del ciudadano ideal, se delimita un interior y un exterior. Por ello, cuando se genera la figura del ciudadano, simultáneamente nace la contracara: el no-ciudadano (Villavicencio, 2003). Hay un mundo de lo Mismo y una esfera de lo Otro. El Otro representa una amenaza (por su raza, ideología o cultura) al orden político deseado. Si es así ¿por qué permitir la participación política? Lo Otro es el entorno de lo Mismo y, continuamente, en el intercambio, se ponen en crisis conceptos que no logran dar explicaciones universales satisfactorias.

La nación y la ciudadanía son dos conceptos modernos. La primera es un referente de la integración social y posee tres formas de autarquía: la económica, la diplomática y la pasional. Esta última implica el sentimiento de identificación afectiva en la comunidad política y el rechazo a lo externo (Villavicencio, 2008). Por ello, cuando una nación posee ambición de erigir una organización de gobierno, pretende que la ciudadanía responda a los valores de ese *volksgeist*. Ello se traduce en todas las creaciones culturales, entre las cuales se halla el Derecho. De allí que las normas recepen la

pertenencia pasional de un grupo y traduzcan formas simbólicas de inclusión/exclusión.

En relación con lo antedicho y respecto de las representaciones de la otredad, resulta interesante traer a colación cómo se ha construido la idea de la “argentinidad” (como lo Mismo) en relación con la inmigración, ya que históricamente se procuró poblar los vastos territorios con población proveniente de Europa (tal como aún preceptúa el art. 25 CN). Así, el alud inmigratorio de fines del siglo XIX dio lugar a la conocida fama de la Argentina como un “crisol de razas”.

Respecto de los tiempos más actuales, Alejandro Grimson (2006) comenta que, durante los años noventa, el gobierno anunció la llegada de una nueva oleada de inmigrantes comparable con la acaecida un siglo atrás. No obstante ello, esta vez, la población ya no provenía del viejo continente sino de Bolivia, Paraguay y Perú.

Poco tiempo después, estos inmigrantes fueron responsabilizados de la creciente desocupación y la sensación de inseguridad a la par que eran acusados de usufructuar los servicios públicos de los argentinos (salud y educación, entre otros). Sin embargo, los datos sociodemográficos no indican un salto cualitativo de la cantidad de inmigrantes (Grimson, 2006).

Señala Grimson que en los noventa comenzó un proceso de visibilización de la diferencia y de la etnicidad mientras en otros países latinoamericanos se reconocía la multiculturalidad en términos constitucionales. En la Argentina, la tendencia a la etnización significaba la organización social de los migrantes de países limítrofes para reclamar y gestionar su legalización y documentación y la difusión de su cultura para desmitificar ciertas valoraciones negativas. En otras palabras, los grupos de inmigrantes se hicieron visibles a la par que reivindicaban su identidad.

Esto resultó particularmente problemático en un país como la Argentina donde se había instituido la idea de que se trataba de un país sin “negros” ni “indios” (Grimson, 2006). Así, este Estado debía asemejarse más a los estados europeos (puesto que su población “descendió de los barcos”),

que a los sudamericanos. Esto derivó en que, en estos términos, parte de la población argentina no fuera tal.

Ahora bien, ¿de dónde provienen los prejuicios sobre la inmigración? Como puede verse respecto a la diversidad de reglamentaciones que existen a escala mundial sobre los movimientos migratorios, los recortes no son objetivos sino que son el resultado de políticas estatales. Como señala Castles (2000) la migración internacional se produce en un mundo dividido en el que quedarse en el país de nacimiento es la norma e irse a otro país, la excepción. El desplazamiento o el estar fuera del lugar propio constituye una imagen cuyo contrario puede ser pensado como el “estar en su sitio” (Anthias, 2006). Por ello suele considerarse que la migración constituye un problema, una amenaza, algo que requiere control porque puede traer consigo cambios impredecibles (Castles, 2000).

8. Fundamentos de la extensión de los derechos políticos

En un interesante artículo, Noelia González (*s/d*) explica que la presencia de un alto índice de población migrante en las distintas sociedades ha llevado consigo la generalización de los derechos civiles y sociales que otrora estaban reservados solo a quienes eran considerados nacionales. No obstante ello, no ha ocurrido lo mismo con los derechos políticos.

Este hecho podría poner en tela de juicio el carácter democrático de dichos Estados, pues se produce una asimetría insostenible entre quienes tienen poder de intervenir en el momento legislativo (a través de sus representantes) y quienes son destinatarios de las normas. Cuanto más aumente la tasa de población inmigrante y se restrinja su derecho de participación política, más se contribuye al debilitamiento de las bases de la democracia (González, *s/d*: 1)

Para Aláez Corral (2008, 2005 y *s/d*) la exigencia definitoria del principio democrático de que los sometidos al poder del Estado y a su ordenamiento jurídico puedan participar de forma libre, igual y plural en la creación normativa a la que van a estar sujetos constituye un condicionamiento estructural.

Las citas efectuadas apuntan directamente a la necesidad de basar la ciudadanía en un modelo que se aparte del tradicional Estado-Nación o de la nacionalidad como fundamento de la ciudadanía.

Antes de proseguir, debe realizarse la distinción conceptual entre ciudadanía y nacionalidad. Así, esta última es el vínculo que define cuál es el pueblo de un Estado sobre el que se aplica la protección diplomática en el derecho internacional público, y que determina la ley personal en el derecho internacional privado. En contrapartida, la ciudadanía es la capacidad de participación del individuo como miembro de pleno derecho de la comunidad estatal a la que está sometido (Aláez Corral, 2008 y *s/d*). Agregan Kymlicka y Norman (*s/d*) que la ciudadanía no es simplemente un estatus legal que se define por derechos y afinidades sino que también es una identidad, es la expresión de la pertenencia a una comunidad política.

La discusión antedicha respecto de la necesidad de desnacionalizar la ciudadanía ha abierto un amplio debate entre los doctrinarios. Por su parte, González (*s/d*) apunta que la desnacionalización de la ciudadanía favorecería la integración social de los nuevos miembros a la comunidad política en tanto funcionaría como un medio para alcanzar la inclusión y no al revés.

Kymlicka y Norman (*s/d*) recuerdan que, para la ortodoxia de posguerra, la más plena expresión de la ciudadanía requiere un Estado de bienestar liberal-democrático que garantice a todos los derechos civiles, políticos y sociales, y, así, cada miembro de la comunidad se sentiría capaz de participar y de disfrutar de la vida en común. Esta concepción es calificada como “pasiva” en tanto pone el acento en el goce de los derechos y en la no obligatoriedad de la participación en la vida pública. A ella se le

crítica que es necesario revisar la definición de ciudadanía generalmente aceptada con el fin de incorporar el creciente pluralismo social y cultural de las sociedades modernas.

¿Puede la ciudadanía aportar una experiencia común de identidad y lealtad a los miembros de la sociedad? ¿Es suficiente por sí misma para incluir en pie de igualdad a los grupos históricamente excluidos o, al menos en algunos casos, es necesario agregar disposiciones particulares? Esta cuestión se discute en la última sección. (Kymlicka y Norman, *s/d*: 9)

Sassen (2003), luego de presentar la noción de “ciudadanía desnacionalizada” como un nuevo concepto que toma elementos localizados, no desterritorializados, intenta comprender cómo las transformaciones asociadas a la globalización acarrearán continuidades o discontinuidades en la forma institucional de la ciudadanía. Apunta, además, que, lejos de tratarse de una condición unitaria o una simple condición legal, la nacionalidad y la ciudadanía pueden tener una naturaleza contradictoria y que el impacto desestabilizador de la globalización contribuye a acentuar la singularidad de ellos.

Un ejemplo pertinente, en este sentido, viene dado por la creciente tensión entre la forma legal, y el proyecto normativo, señalado por la progresiva inclusión de minorías y de sectores desfavorecidos, a medida que ganan cierta visibilidad en sus reclamaciones. Un punto crítico aquí es el fracaso de la mayoría de los países en su capacidad de garantizar un estatuto de ciudadanía «igualitario» –no sólo como algo formal, sino también efectivo. (Sassen, 2003: 89)

Penchaszadeh (2012) también insiste en la idea de que la extensión de la ciudadanía debe partir del cuestionamiento de la nacionalidad como

fundamento exclusivo y excluyente puesto que las condiciones de las sociedades actuales, y, en particular las latinoamericanas, se han modificado sustancialmente.

En estos términos, la propuesta de desnacionalizar la ciudadanía implica que esta última se defina por la residencia o el *ius domicili*¹² de quienes son miembros de una comunidad política (ya sea como reconocidos tácita o explícitamente). De esta manera, la residencia en el territorio de un Estado bajo la categoría de residente sería suficiente para obtener la ciudadanía y ejercer los derechos civiles, sociales y políticos (González, *s/d*). ¿Por qué este sería un buen criterio? González (*s/d*) brinda tres motivos: 1) porque la residencia presupone la aceptación del ordenamiento jurídico de un Estado; 2) la residencia, que suele estar condicionada a la existencia de un contrato de trabajo, indica no solo la inserción laboral sino también un cierto sentimiento de arraigo; y 3) es un criterio objetivo que no depende de la voluntad del Estado de reconocer o no el carácter de miembro de su comunidad a cierto individuo.

Entre los principales argumentos a favor de la generalización del derecho al voto¹³, se destaca el principio democrático. Para continuar en la misma línea kelseniana, cabe remitirse a la concepción de este autor sobre la democracia. Para el maestro vienés, esta es una forma de Estado en la cual la voluntad colectiva es creada por todos los sujetos sometidos al orden social, o sea, por el pueblo (Kelsen, 1977 y González, *s/d*). Conforme a ello, señala también González (*s/d*) que los extranjeros residentes, en tanto se encuentran sometidos al ordenamiento jurídico del Estado, deben tener voz y participación en la toma de decisiones. Lo contrario implica generar una suerte de estatuto de ciudadanos de segunda categoría o de sujetos cargados

¹² Ello en contraste con los dos grandes sistemas tradicionales de otorgamiento de la nacionalidad: el *ius soli* y el *ius sanguinis*. No obstante, cabe recordar que en muchos Estados también se otorga acceso a la nacionalidad a los descendientes de los nacionales con algunas limitaciones.

¹³ González (*s/d*) enumera los siguientes: a) *no taxation without representation*; b) el principio de autonomía pública; c) el principio de autogobierno, y d) el principio democrático.

de obligaciones sin posibilidades de intervención dialógica en la creación de tales cargas.

En consecuencia, brindar la posibilidad de sufragar a los inmigrantes dota de una mayor legitimidad a las democracias estatales a la par que suaviza ciertos roces entre las proclamaciones democráticas discursivas incluyentes y las prácticas excluyentes. Por otro lado, la atribución de este derecho aumenta las posibilidades de una mejor representación política en cuanto traduce la mayor diversidad social, es decir, independientemente de quienes resulten electos, los distintos ciudadanos/habitantes de un territorio/sujetos normativos tienen la posibilidad de concurrir a las urnas y elegir sus candidatos y, por lo tanto, sus opiniones inciden en la formación de políticas públicas y son responsables de las acciones de las autoridades normativas democráticamente electas.

Desde una perspectiva histórica, Aláez Corral (*s/d*) señala que la distinción entre ciudadanía y nacionalidad implicaba una ciudadanía relativa (pasiva), atributiva de la condición de representado políticamente, y de la garantía de los derechos civiles, y una ciudadanía absoluta (activa), ligada a la atribución de derechos políticos que correspondía a un círculo de sujetos más reducido de ciudadanos. Este círculo se ha expandido con el devenir temporal como consecuencia del axioma igualitario democrático. Así, concluye el autor que la primera noción descripta devino en lo que hoy modernamente conocemos como nacionalidad y la segunda se corresponde con la moderna ciudadanía.

9. Referencias bibliográficas

- Aláez Corral, Benito (2005). “Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático”. *Revista de Estudios Políticos*. 127. Nueva Época. Enero/Marzo. Madrid. Pp. 129-160.
- Aláez Corral, Benito (2008). “Los condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía”. Costa, Pietro y

- Aláez Corral, Benito. *Nacionalidad y ciudadanía*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Aláez Corral, Benito (s/d). “Los condicionamientos constitucional-democráticos de la nacionalidad y la ciudadanía”. Disponible en http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada7/2_Benito%20Alaez.pdf. Consultado el 15/01/2013.
- Alexy, Robert (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- Anthias, F., (2006) “Género, etnicidad, clase y migración: interseccionalidad y pertenencia translocalizacional”, en Rodríguez, P. (ed.), *Feminismos periféricos*, Granada: Editorial Alhulia, pp. 49-68.
- Austin, J.L. (1971) *Palabras y Acciones. Cómo hacer cosas con las palabras*. Buenos Aires. Paidós.
- Calvo, José (1996). *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*. Barcelona: Ed. Ariel.
- Cárcova, Carlos María (1998). *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.
- Castles, S., (2000). “Migración internacional a comienzos del siglo XXI: tendencias y problemas mundiales”. *Revista Internacional de Ciencias Sociales de UNESCO*. N° 165. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001238/123852s.pdf>. Consultado el 20/01/2013.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel (2007). “Perspectivas trialistas para el reconocimiento de la adecuación de los conceptos normativos”. *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. Vol. 30. Publicado en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/1061/895>. Consultado el 20/01/2012.
- Foucault, Michel (2007). *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. Madrid: Siglo XXI.

- Galli, Carlo (2006). "Introducción" en Galli, Carlo (comp.). *Multiculturalismo. Ideologías y desafíos*. Buenos Aires: Nueva Visión, pp. 9 a 30
- González, Noelia (s/d). "La desnacionalización de la ciudadanía: el derecho al voto de los extranjeros como requisito para la integración social". Disponible en <http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp/PDFs/18-Desnacionalizacion.pdf>. Consultado el 15/01/2013.
- Grimson, Alejandro (2006). "Nuevas xenofobias, nuevas políticas étnicas en Argentina". Grimson, A. y Jelin, E. (comps.). *Migraciones regionales hacia la Argentina. Diferencias, desigualdades y derechos*, Buenos Aires: Prometeo, pp. 37-62.
- Kelsen, Hans (1977). *Esencia y valor de la democracia*. Madrid: Guadarrama.
- Kelsen, Hans (2008). *Teoría Pura del Derecho*. 4º ed. 7º reimp. Buenos Aires: Eudeba.
- Kymlicka, Will y Norman, Wayne (s/d) "El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía". *Ágora*. N° 7, invierno de 1997, pp. 5-42.
- Lurbe, Kàtia y Santamaría, Enrique (2007) "Entre (nos)otros... o la necesidad de re-pensar la construcción de las alteridades en contextos migratorios". *Papers*. N° 85, pp. 57-69.
- Martínez García, Jesús Ignacio (1992). *La imaginación jurídica*. Madrid: Editorial Debate.
- Médici, Alejandro (2012). *La Constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. Aguascalientes/San Luis Potosí/San Cristobal de las Casas: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Educación para las Ciencias en Chiapas.
- Mignolo, Walter (2008). "Hermenéutica de la democracia: el pensamiento de los límites y la diferencia colonial". En *Tábula Rasa*. N° 9, Julio –

- Diciembre de 2008. Bogotá, Colombia. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, pp. 39-60.
- O'Donnell, Guillermo (2007). *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia*. Buenos Aires: Prometeo.
- O'Donnell, Guillermo (1993). "Estado, democratización y ciudadanía". *Nueva Sociedad*. N° 128. Nov.-Dic. 1993, pp. 62-87.
- Ost, François (2005). *Contar a Lei. As fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Ed. Unisinos.
- Penchaszadeh, A. P., (2012) "Migraciones y derechos políticos: ¿Democratización y extensión de la ciudadanía o nuevas formas de extranjerización en democracia", en: Novick, S. (dir.), *Migración y políticas públicas. Nuevos escenarios y desafíos*, Buenos Aires, Catálogos, pp. 39-62.
- Quijano, Aníbal (2007). "Colonialidad del Poder y Clasificación Social" en Castro-Gómez, Santiago y Ramón Grosfoguel (comp.). *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Pp. 342-386.
- Rancière, Jacques (2009). *El reparto de lo sensible: estética y política*. Libros Arces-LOM Ediciones.
- Sassen, Saskia (2003). *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Madrid: Traficantes de sueños.
- Sassen, Sassia (1996). *Losing control? Sovereignty in an Age of globalization*. New York: Columbia University Press.
- Sassen, Sassia (2007). *A sociology of globalization*. New York/London: W.W. Norton & Company.

- Sassen, Sassia (2008). *Territory, authority, rights : from medieval to global assemblages*. Princeton/Oxford: Princeton University Press.
- Sayad, Abdelmalek (2008) “Estado, nación e inmigración. El orden nacional ante el desafío de la inmigración”. *Apuntes de Investigación del CECYP*. Núm. 13, Año 12, pp. 101-116.
- Stolcke, Verena (1999). “¿Es el sexo para el género como la raza para la etnicidad?”. *Cuadernos para el debate*. N° 6. Septiembre de 1999. Pp. 5-33.
- van Roermund, Bert (1997). *Derecho, relato y realidad*. Madrid: Tecnos.
- Villavicencio, Susana (2000). “Neoliberalismo y política: las paradojas de la “nueva ciudadanía”” en *Revista Internacional de Filosofía Política*. N° 16. Madrid. Diciembre, 2000, pp. 5-18.
- Villavicencio, Susana (2003). “Ciudadanos para una nación”. En Villavicencio, s. (comp) *Los contornos de la ciudadanía. Nacionales y extranjeros en la Argentina del Centenario*. Buenos Aires: Eudeba.
- Villavicencio, Susana (2008). “Domingo F. Sarmiento: republicanismo y filosofemas de la nación”. En Villavicencio, S. y Pacecca, M. I. (comp) *Perfilar la nación cívica en la Argentina. Figuraciones y marcas en los relatos inaugurales*. Buenos Aires: Del Puerto, Instituto Gino Germani. (UBA). .
- von Wright, Georg H. (1970). *Norma y Acción. Una investigación lógica*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Wolfzun, Nora. *Mercosur: diálogos entre nación y región*. Disponible en <http://www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/VII/programa/paneles/a/a5/wolfzun.pdf>. Consultado el 25/09/2011.

10. Proyectos de Ley

Expte. S-2696/12. Senado de la Nación. Fernández, Aníbal y Corregido, Elena. Proyecto de ley para la legalización del voto de extranjeros residentes en el país.

11. Normativa citada

Constitución Nacional de la República Argentina

Ley nacional n° 346. Disponible en http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=LEYNAC&docid=LEY%2520C%2520000346%25201869%252010%252001. Consultado el 10/01/2013.

Ley nacional n° 19.945. Disponible en http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=LEYNAC&docid=CEL%2520C%2520019945%25201983%252008%252018. Consultado el 10/01/2013.

Ley nacional n° 25.871. Disponible en http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=LEYNAC&docid=LEY%2520C%2520025871%25202003%252012%252017. Consultado el 10/01/2013.

Decreto reglamentario n° 610/10. Disponible en http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=documento®istro=DECRETOS&docid=DEC C 000616 2010 05 03&get=javascript#ARTICULO___0001. Consultado el 10/01/2013.

LAS FIGURAS DEL “EXTRANJERO” Y DEL “INMIGRANTE”

Abog. María Juliana Weigel

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la concepción del inmigrante que se construye a raíz de la Ley Avellaneda, y las distintas modificaciones que esta fue sufriendo hasta la década del '70, en la que puede darse por concluida en términos de movimiento de masas (Devoto, 2007: 537), así como el impacto de estas modificaciones en las dinámicas de los flujos migratorios durante este período.

El primer dato interesante que surge del análisis de la normativa migratoria, esto es, la Ley Avellaneda y la normativa posterior, tiene que ver con la construcción de la figura del “inmigrante”, y con el proyecto de Estado-Nación que subyace a la misma, y de qué manera busca este sostenerse mediante la limitación del ingreso de determinadas categorías que no encuadran en dicho proyecto.

El trato dado al inmigrante, y su inclusión o no como “ciudadano” de una nación, deja a la luz las múltiples contradicciones que giran en torno al concepto de ciudadanía moderna entendido como pertenencia a un Estado-Nación, en tanto esta dimensión de la pertenencia es la contracara del universalismo que caracteriza al sujeto político moderno.

Demás está decir que toda pertenencia lleva consigo una exclusión:

...la ciudadanía, como todo concepto político, implica una tensión en la determinación de sus contornos conceptuales. Si la pregunta ¿qué es un

ciudadano? nos lleva a establecer las determinaciones específicas de este concepto y los principios sobre los que se construye, la pregunta ¿quién es un ciudadano? nos abre a la complejidad de un campo político en el cual se demarcarán, cada vez, el adentro y el afuera de este concepto [...]. La construcción de la ciudadanía implica en su desarrollo la historia de una tensión en la delimitación del adentro y el afuera de sus límites conceptuales... (Villavicencio, 2003: 2/3).

2. El concepto de ciudadanía vinculado al de Estado-Nación

Al indagar un poco más en relación al concepto moderno de ciudadanía, vemos que el ser ciudadano implica ser miembro de pleno derecho de la ciudad, y en tanto, ser poseedor de derechos y obligaciones. La ciudadanía es así considerada como un conjunto de derechos civiles y políticos asignados a partir de la pertenencia a una determinada comunidad política.

Es el Estado el que regula la pertenencia a este *status* legal y a los derechos y obligaciones que conlleva dicha pertenencia:

...en un sistema de estados naciones circunscritos territorialmente, es decir, en un orden internacional «Estadocéntrico», la condición legal del individuo depende de la protección por parte de la autoridad más alta que controla el territorio en el que uno reside y emite los papeles a los que uno tiene derecho (Benhabib, 2005: 49).

De tal manera, el concepto moderno de ciudadanía que se identifica con la pertenencia a una comunidad política, “coincide con la pertenencia al Estado-Nación, siendo así que la de la restricción inicial de la ciudadanía clásica [el respeto de una esfera autónoma de acción privada] se pasa a una extensión de la que quedan afuera sólo los extranjeros” (Villavicencio, 2003: 4).

En efecto, la condición de persona derechohabiente es contingente al reconocimiento de la membresía de la persona y es aquí donde entran a jugar las categorías incluidas y excluidas en esa comunidad.

En este sentido, Arendt basa el derecho a tener derechos en un principio filosófico conforme al cual su actualización implica el establecimiento de entes políticos republicanos en los que la igualdad de cada uno es garantizada por el reconocimiento de todos, pero sin desconocer, como señala Benhabib, la paradoja de que cada acto de constitución republicana establece nuevos “miembros” y “no miembros”, incluyendo a unos y excluyendo a otros.

Así, para Arendt, “el derecho a tener derechos no puede ser garantizado por un Estado mundial u otra organización mundial, sino sólo por la voluntad colectiva de entes políticos circunscritos, que a su vez perpetran, a diestra y siniestra, sus propios regímenes de exclusión” (Benhabib, 2005: 57).

3. La Ley Avellaneda y el ideal de ciudadano

Todas estas concepciones van nutriendo la normativa relativa a la inmigración en el proceso de conformación del Estado Argentino, inmigración que comienza en términos masivos luego de la Revolución, y en el marco de la cual se identifican diferentes “oleadas migratorias”, inscriptas en un contexto mundial y nacional.

La normativa migratoria es clara expresión de la base social con la que se pretendió construir la Nación argentina, primero atrayendo y luego limitando: “la paradoja de la autodeterminación democrática lleva al soberano democrático a la autoconstitución así como a la exclusión” (Benhabib, 2005: 57).

Así, el proceso comienza con la ley Avellaneda (n° 817) del año 1876, que establece una política de claro fomento a la inmigración europea, en

cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 20 y 25 de la Constitución Nacional. “Imagina” un tipo de inmigrante, y trata de atraerlo.

Como sostiene Villavicencio, la idea de ciudadanía es introducida “desde arriba” por una élite política e intelectual, y se corresponde con un determinado proyecto de Estado-Nación, encabezado por las élites gobernantes:

[e]n la Argentina, el ideario de la Nación tiene, en sus inicios, la impronta de esta tradición moderna y republicana. La nación hay que fundarla y no serán los elementos naturales –la raza ni las tradiciones, la lengua o la religión- los pilares de esa fundación. La nación es, en su concepto, una relación al futuro más que al pasado, es un proyecto que había que realizar (Villavicencio, 2003: 7/8).

En este sentido, la ley Avellaneda se constituye en un claro instrumento para llevar a cabo este ideal, procurando darse valores comunes y hábitos cívicos que se correspondieran con el modelo republicano, a partir de la naturalización de los modelos europeos y americanos, de cara a la construcción de una base social adecuada a este orden deseado.

Ya la propia ley, que regula el ingreso pero no la permanencia de inmigrantes, establece algunas definiciones y prohibiciones de ingreso. Así, se puede ir extrayendo el ideal perseguido de artículos tales como aquel que establece, entre los deberes y atribuciones del Departamento de Inmigración, el de “proteger la inmigración que fuese honorable y laboriosa y aconsejar medidas para contener la corriente de la que fuese viciosa o inútil” (art. 3, inc. 2).

En consonancia, define al inmigrante como

todo extranjero jornalero, artesano, industrial, agricultor o profesor, que siendo menor de sesenta años, y acreditando su moralidad y sus aptitudes, llegase a la República para establecerse en ella, en buques a vapor o a vela, pagando pasaje de segunda o tercera clase, o teniendo el viaje pagado por cuenta de la Nación, de las provincias, o de las

empresas particulares protectoras de la inmigración y la colonización (art. 12).

En cuanto a las prohibiciones de ingreso, las prevé para aquellos “enfermos de mal contagioso o de cualquier vicio orgánico que los haga inútiles para el trabajo; ni dementes, mendigos, presidiarios o criminales que hubiesen estado bajo la acción de la justicia, ni mayores de sesenta años, a no ser jefes de familia” (art. 32).

Así, esta ley crea

dispositivos institucionales que promueven y facilitan el ingreso, la permanencia y la inclusión laboral y social de los extranjeros llegados hasta las primeras décadas del Siglo XX. Con aquélla normativa, a todo extranjero que ingresaba al país con la documentación exigida se le otorgaba el status de residente y los mismos derechos civiles que a los nacionales. Respecto al trabajo, no estaban sujetos a ninguna prohibición o restricción (Pacecca y Courtis, 2008: 41).

Del otro lado, es decir, para entender la perspectiva de los migrantes europeos que eligieron establecerse en la Argentina, es importante tener en cuenta que el país presentaba en ese momento una economía agroexportadora en expansión, en apariencia capaz de absorber la mano de obra recién llegada.

En este contexto, la ley Avellaneda, como ya he mencionado, se corresponde con un proyecto de Nación en el cual los inmigrantes vienen a realizar un “aporte directo” de nuevos hábitos y mentalidades, “medios imprescindibles –junto con la modernización del país y la educación- para acortar la brecha entre el ciudadano –sujeto soberano del pacto político- y el (im)posible ciudadano, «el otro» que no acepta o que se mantiene al margen de las ideas políticas modernizadoras” (Villavicencio, 2003: 1), en ese momento, encarnado por la población nativa que fue despojada o aniquilada.

4. Las restricciones al ingreso

Sin embargo, frente a este ideal de ciudadano, la realidad va oponiendo la llegada al país de individuos que van a significar de distintos modos, una amenaza para la integridad de este Estado-Nación, y ante este panorama, el ideal se va a sostener a fuerza de medidas restrictivas, no solo en el plano formal de la legislación sino a través de una más fuerte represión de toda expresión de lucha desplegada en las calles.

Como todo ideal, se enfrenta con obstáculos en su realización práctica y así,

ante las dificultades, las iniciales ilusiones de estos mentores del orden político se fueron convirtiendo en definiciones cada vez más próximas al conservadurismo [...]. Si en las propuestas de Sarmiento y Alberdi, la inmigración representaba la salvación respecto de los males americanos, la dosis necesaria para equilibrar con nuevos hábitos y nuevas disposiciones las costumbres atrasadas y los rasgos negativos de la cultura política, los primeros años del siglo registran la sorpresa y la sospecha ante la afluencia de los extranjeros y que en número creciente se instalaban en el país. El fuerte impacto que la masividad de la inmigración produjo sobre las élites dominantes, despertó el temor ante el quiebre de una cultura nacional homogénea que estaba en vías de construirse. Las fallas de la implementación de la política que hace que muchos inmigrantes queden en las ciudades ganándose la vida de modo informal, pero sobre todo la conformación de una masa urbana, requerida para el trabajo industrial naciente, pero que trae consigo una ideología que comienza a dar identidad política a esos sectores trabajadores y por ende a quebrar esa unidad deseada por las élites liberales (Villavicencio, 2003: 10/4).

Es interesante entonces ver cómo, a través de la normativa relativa a la migración, constituida en instrumento para llevar a cabo la realización del ideal republicano de las élites dominantes, se va transformando la concepción del “extranjero”, que va desde el ideal civilizador –plasmado en el

relato “épico” transmitido de generación en generación- al extranjero sospechado y criminalizado en tanto portador de ideologías y prácticas disgregantes.

Esto se ve cristalizado en la normativa migratoria a partir de 1902, cuando comienzan a institucionalizarse las primeras restricciones con la Ley de Residencia (n° 4.144), sancionada luego de una huelga general que paralizó al país el 22 de noviembre de ese año y destinada a otorgar al Poder Ejecutivo facultades de expulsión del territorio nacional de “todo extranjero que haya sido condenado o sea perseguido por los tribunales extranjeros por crímenes o delitos comunes” (art. 1), así como de “todo extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público” (art. 2). Asimismo, otorgaba al Poder Ejecutivo la facultad de impedir la entrada al país de aquéllos incluidos en las antedichas categorías (art. 3).

Se consagra de esta forma un trato diferenciado a los extranjeros que cometan o hayan cometido delitos contra el orden público, quienes no están sujetos a las garantías judiciales sino que pueden ser expulsados por medio de un mecanismo del Poder Ejecutivo, facultades con las que siguió contando, a través de la Dirección Nacional de Migraciones, mucho después de derogada la Ley de Residencia, en 1958.

Como resultado de la aplicación de esta ley, quinientos extranjeros fueron deportados sólo durante la primera semana (Constanzo, 2007: 4).

Luego, la ley de Defensa Social —n° 7.029— de 1910, sancionada como respuesta a un atentado anarquista que tuvo lugar en el Teatro Colón el 26 de junio de ese año, establece más claramente como enemigo a quienes buscan subvertir el orden constituido, teniendo como blanco muy particularmente al movimiento anarquista.

Para combatirlo, no solo prohíbe el ingreso al territorio argentino de “los anarquistas y demás personas que profesan o preconizan el ataque por cualquier medio de fuerza o violencia contra los funcionarios públicos o los gobiernos en general o contra las instituciones de la sociedad” (art. 1, inc. b); sino que también prohíbe “toda asociación o reunión de personas que tenga

por objeto la propagación de las doctrinas anarquistas o la preparación e instigación a cometer hechos reprimidos por las leyes de la Nación, y la autoridad local procederá a la disolución de las que se hubiesen formado e impedirá sus reuniones” (art. 7), además de prever, en su capítulo III, ciertas disposiciones penales para el castigo de delitos típicamente anarquistas (tales como la fabricación de explosivos).

También prevé el artículo 28 que cuando los reos de los delitos previstos sean ciudadanos argentinos naturales o naturalizados, “será siempre un accesorio de la pena la pérdida de los derechos políticos y el retiro de la ciudadanía argentina”, fijando claramente la finalidad de excluir a los anarquistas, sean nacionales o extranjeros, de la comunidad nacional.

Resultan muy interesantes las concepciones plasmadas en el debate parlamentario en relación al movimiento anarquista, con calificativos que van desde enfermedad (exótica): virus, bacteria, germen, “y que paralelamente conlleva al tipo de razonamiento higienista propio de la suma del positivismo, las primeras teorías en criminología y la ciencia de la época” (Constanzo, 2007: 6); hasta criminales, delincuentes, monstruos, siniestros sacerdotes del credo o débiles mentales, pasando por aquéllas calificaciones del movimiento anarquista como secta.

Se pueden citar por ejemplo, las palabras del Diputado Lucas Ayarragaray, muy elocuentes en relación a la enunciación del anarquista como “enemigo” y su asimilación a otros actores sociales “excluidos” de la época; así como en relación a las potestades del Estado de determinar la pertenencia o no de los mismos, a la que me referí más arriba:

es menester, pensaba, prohibir la entrada del loco, del epiléptico, significando que este país tiene el derecho fundamental, señor diputado, que reconocen todas las constituciones del mundo, de defenderse por medio de leyes de preservación social de los peligros exteriores importados, ya sea de una epidemia, ya sea de un ladrón reconocido, ya sea de un condenado por un tribunal de justicia, ya sea de un anarquista, de una prostituta o de una caften (sic) [...] nos da a nosotros

la facultad de negar la entrada en el país al epiléptico, al loco, a los degenerados, a todos esos que son presuntos anarquistas... (citado en Constanzo, 2007: 6/7).

Y la asociación también une fácilmente al anarquista con el extranjero, que no es sin embargo aquél que se pretendía atraer, para justificar el ejercicio de las referidas potestades, como se ve en el discurso del Diputado Carlés:

es una mente extranjera, bastarda, ignominiosa y cruel la que inspiró el crimen!. Es una mente extranjera, distinta de aquélla otra que marca la Constitución para atraerla! [...]. Estos atentados infames son simplemente el producto de instintos criminales que han germinado y nacido en un ambiente distinto del nuestro, y que si vienen a estallar en este país es precisamente porque aquí encuentran la tolerancia que no existe en sus países de origen¹.

Vemos así, cómo en menos de un siglo cambia radicalmente la imagen del inmigrante:

la «barbarie» cambia de posición para identificarse con el inmigrante, la violencia obrera y el activista revolucionario, integrados, la mayoría de las veces, en la figura del anarquista. El pánico al quiebre de la identidad nacional en construcción, desató una reacción represiva que se manifestó especialmente durante las celebraciones del Centenario (Miguelañez Martínez, 2010: 437).

Por otra parte, en el año 1938 se sancionó el decreto n° 8.972, que reglamenta la entrada de extranjeros al país, estableciendo el requisito de que los mismos cuenten con un “permiso de libre desembarco”, el que es otorgado por la Dirección de Inmigración, por intermedio de los funcionarios consulares argentinos pertinentes.

¹ Debate correspondiente a la sanción de la ley de Defensa Social disponible en el sitio <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/Ley.07029.Debate.Defensa.Social.pdf> web

Este decreto, como se pone de manifiesto en los considerandos del mismo, busca reglamentar las facultades de las autoridades migratorias para “contener la inmigración viciosa o inútil”, establecidas ya en la Ley Avellaneda, concepto luego especificado en parte por la normativa posterior.

En este sentido, el decreto también recoge una doctrina de la Suprema Corte Nacional, que interpreta el art. 3 de la ley n° 4.144 (Ley de Residencia), en cuanto a que la mejor manera de materializar las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo por la misma, “para discernir cuáles son los inmigrantes que pueden ser perturbadores del orden público o comprometedores para la seguridad nacional”, consiste en subordinar su entrada al otorgamiento del referido permiso, estableciendo de esta forma un mecanismo para “descartarlos”.

Más allá de este fin reglamentario, es interesante destacar el contexto en el que esta normativa fue sancionada, de crisis del modelo agroexportador, a la cual se hace referencia en los considerandos del mismo. En efecto, se hace mención a una fuerte merma de la producción ocasionada por la sequía y otros factores adversos, “que traerá como consecuencia el aumento de la desocupación en el país”.

En este cuadro de situación, los autores del decreto entendieron que “la afluencia no regulada de inmigrantes puede perjudicar muy seriamente a los trabajadores radicados en la Argentina, y es deber del Gobierno adoptar, en defensa de los mismos, las medidas necesarias para que no se menoscaben sus posibilidades de ocupación ni descienda su nivel de vida”.

Nuevamente, el concepto de ciudadanía vinculado a la pertenencia a un Estado-Nación es el que rige el tratamiento de la inmigración, como surge del siguiente párrafo:

[q]ue es de toda justicia adoptar las medidas del caso para que se le otorgue preferencia en la contratación de servicios a los desocupados ya radicados en el país y se evite que sean desalojados por trabajadores traídos del extranjero, desde que los primeros tienen títulos especiales a la consideración del Estado, a cuya sustentación contribuyen oblando

las cargas públicas y contribuyendo con su esfuerzo al desenvolvimiento de la República....

A su vez, la pertenencia a la comunidad nacional, según este criterio, se vincula al sostenimiento del Estado mediante el pago de las cargas públicas, como puerta de entrada al acceso a la posibilidad de contar con un puesto de trabajo.

Posteriormente, fue promulgada la ley n° 17.294, de 1967, que prohíbe desarrollar tareas o actividades remuneradas a los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el país y a aquellos que hubieran ingresado y permanezcan en calidad de residentes temporarios, salvo que se encuentren habilitados por la autoridad migratoria (art. 1).

Asimismo, pone en cabeza de los dadores de trabajo y alojamiento la obligación de verificar la documentación que acredite la residencia legal y de notificar cualquier irregularidad a la autoridad migratoria o policial (arts. 2, 3 y 4).

En la nota de elevación del proyecto de ley al Poder Ejecutivo, podemos leer que se atribuye como causa de la inmigración ilegal, a

...una insuficiencia normativa por la cual el inmigrante ilegal goza en la Argentina prácticamente de los mismos derechos, libertades y garantías que las leyes reconocen al habitante de derecho. Esta situación, que crea una irritante desigualdad en favor del ilegal, explica el escaso interés que susciten en este último los sistemas de «regularización» cuyos beneficios no pueden apreciar.

Más claramente vemos la concepción de la ciudadanía y el goce de los derechos derivados de ella, ligada a la pertenencia al Estado-Nación, en el siguiente párrafo:

[c]abe destacar que tal limitación no contradice sino que armoniza con los fines de la Constitución Nacional, que reconoce a los extranjeros que han adquirido la condición de habitantes de la Nación los mismos

derechos civiles de los ciudadanos, lo cual presupone para los primeros el previo acatamiento de las normas que regulan el ingreso de los inmigrantes.

Por último, la ley n° 18.235, de 1969, titulada enfáticamente “Expulsión de extranjeros indeseables” deja en claro expresamente en la respectiva nota de elevación que se inspira en la ley de Residencia y marca así una continuidad con el fin de la misma.

La citada ley establece la facultad irrecusable del Poder Ejecutivo de ordenar la expulsión de un extranjero residente cuando registrare condena en el extranjero y lo hubiere ocultado o no fuere conocido por la autoridad al producirse la admisión —siempre que las leyes penales argentinas consideren como delito a los hechos por los cuales se lo incrimine—; cuando fueren condenados por los tribunales argentinos por delitos dolosos; y cuando lleven a cabo en la República actividades que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público (arts. 1 y 2).

Sin perjuicio de aclarar que los residentes no permanentes siguen regidos por las normas vigentes, faculta al Poder Ejecutivo a aplicarles las atribuciones de expulsión antes señaladas (art. 3).

En la nota de elevación, se pudo observar asimismo, que esta ley también es producto de sucesos que significan una amenaza para el mantenimiento de las estructuras de poder vigente, habiendo sido sancionada en un contexto de agitación social, pocos días después del “Cordobazo”. Así, se pone de manifiesto que “los graves acontecimientos ocurridos en el país durante los últimos días demuestran la urgencia de dotar al Poder Ejecutivo de un instrumento eficaz y ágil que permita expulsar a los extranjeros indeseables”.

Luego de este breve repaso por la normativa, vemos cómo -más allá de las propias definiciones contenidas en la Ley Avellaneda-, las posteriores modificaciones tratan de encuadrar al inmigrante que llega en una categoría deseable de acuerdo a la construcción de un tipo de Nación “civilizado”, y

sólo a esta categoría se le otorga “el derecho a tener derechos”, los derechos derivados de su *status* de ciudadano.

Por el contrario, las categorías “indeseables” pierden todo derecho por el mero hecho de encuadrar en alguna de ellas. Así, el haber cometido un delito, el atentar contra la paz social, el no haber regularizado su condición son motivos que habilitan al Poder Ejecutivo a decretar la expulsión, en algunos casos, sin recurso a la instancia judicial; y que implican la pérdida de derechos tales como las garantías judiciales, los derechos laborales, etc.

En relación a las restricciones establecidas, es interesante también, en correspondencia con este proyecto de Estado-Nación al que me vengo refiriendo, verlas como un intento de dar una respuesta que mantenga el *status quo*, y alejar toda posibilidad de subversión del orden social, en un contexto en el que el progreso económico del país empieza a demostrar sus primeras fisuras.

Como vimos,

[l]a perspectiva de fomento de la inmigración, presente en la Constitución Nacional y corporizada en la ley de 1876, fue estrechándose sucesivamente. En la primera década del siglo XX surgieron las primeras limitaciones a la admisión y permanencia de europeos acusados de anarquistas, en tanto que en el decenio de 1930 diversos decretos del Poder Ejecutivo, amparados en la crisis económica mundial, en los crecientes niveles de desocupación locales y en la previsible conflagración bélica que involucraría a los principales países europeos, restringieron muy fuertemente el ingreso de quienes no tuvieran acreditado destino, ocupación o empleo que les asegurara la subsistencia (Pacecca y Courtis, 2008: 11).

Sin embargo, ambos factores de restricción pueden verse como caras de una misma moneda, esto es, un intento de preservar el modelo de Estado-Nación orientado al progreso económico y una carga sobre los inmigrantes del peso de la crisis.

En este sentido, en el caso de la represión del movimiento anarquista, se trata de enfrentar a la denuncia más descarnada de quienes afrontan la peor parte de este “desarrollo” económico aparentemente sin límites del país, esto es, de quienes vivían en condiciones de hacinamiento e insalubridad, con duras jornadas de trabajo, agotamiento, en su mayoría inmigrantes de procedencia fundamentalmente campesina y mediterránea.

De esta forma,

...la clase dirigente, todavía confiada en el progreso indefinido, se alejaba de una lectura económica interna del conflicto, incapaz de reconocer los elementos perjudiciales también presentes en el proceso de modernización del país. El problema obrero, ajeno al cuerpo social argentino, se definía como una importación y como un residuo de las relaciones sociales de los países industrializados europeos. La clase dirigente hacía la siguiente lectura: si las luchas sociales tenían sentido en el Viejo Continente, en un país como Argentina, con una amplia movilidad social, la conflictividad obrera se erguía como un fenómeno claramente artificial (Miguelañez Martínez, 2010: 441).

La preocupación en todo caso, fue siempre el peligro que podrían significar los extranjeros para el desarrollo de la economía, ya sea a través de las huelgas, paros y boicots promovidos por el movimiento anarquista, como a través de la absorción de puestos de trabajo por parte de los migrantes provenientes de países limítrofes.

Y la forma de abordarlo desde el Estado, fue el recrudecimiento de las leyes migratorias, en un intento de identificar, sin solución de continuidad, a la “cuestión social”, con la “cuestión nacional” (Miguelañez Martínez, 2010: 440-441).

5. El impacto en la dinámica de los flujos migratorios

Ahora bien, a los fines de medir el impacto de la legislación migratoria reseñada en los flujos de ingreso de extranjeros, cabe en primer

lugar caracterizar genéricamente el cuadro demográfico del período analizado, que puede a su vez subdividirse en distintos “flujos”.

De esta manera,

la dinámica demográfica observada en esta etapa [1870-1929], muestra que la inmigración masiva fue obviamente el fenómeno más importante, la que influyó sobre el tamaño, composición, ritmo de cambio y distribución espacial de la población. El gran crecimiento operado –en 1870 el país poseía 1.800.000 habitantes y hacia fines de 1920, la población había ascendido a casi 12.000.000 de personas- se debió principalmente, aunque con fluctuaciones, al aporte migratorio (Novick, 2000: 5).

En efecto, en relación al porcentaje de extranjeros, éste va en aumento desde 1869 (cuando es de un 12,1%), para luego escalar en los censos de 1895 y 1914 (25,2% y 29,9%, respectivamente). Esa población extranjera, se compone en su mayoría por población de países extranjeros no limítrofes (principalmente europeos), mientras que la población proveniente de países limítrofes se mantiene en aumento constante tanto en estos años como en los siguientes, rondando en un 2 ó 2,5% sobre la población total.²

En relación a la composición, se trata en su mayor parte de hombres jóvenes, de entre 20 y 35 años aproximadamente; mientras que en lo que atañe a la distribución espacial, se concentra principalmente en el área pampeana, dándose al mismo tiempo un proceso de rápida y temprana urbanización, “ambas consecuencia del desarrollo del modelo agroexportador, la concentración y modo de tenencia de la propiedad de la tierra. La política económica implementada hace caer las antiguas barreras proteccionistas, circunstancia que trae aparejada la destrucción de las economías regionales” (Novick, 2000: 5), produciéndose en consecuencia

² Si bien sobre la población total se mantiene constante en los porcentajes señalados (2-2,5%), se advierte el aumento del flujo en los valores absolutos: 41.360 (en 1869), 115.892 (en 1895), 206.701 (en 1914), y 313.264 (en 1947). Cuadro obrante en Pacecca y Courtis, 2008: 10.

migraciones internas que contribuyen a los procesos de urbanización referidos.

En este contexto, observa Novick que ni la ley de Residencia ni la ley de Defensa Social, pese a su dureza, se traducen en una disminución del flujo migratorio transoceánico, que para esa época alcanza sus cifras más altas, comenzando a declinar en 1914, observándose en el censo siguiente (de 1947), una baja del porcentaje de población extranjera de países no limítrofes del 27,3% al 13,3% (Pacecca y Courtis, 2008: 10).

Es importante tener en cuenta que esta disminución abrupta que se da para 1914 del flujo de inmigrantes europeos coincide con el comienzo de la Primera Guerra Mundial. Devoto interpreta esta coyuntura desde el punto de vista de los propios migrantes; así, “en tiempos inciertos es natural que las personas posterguen decisiones de importancia que implican una separación de la familia por un tiempo imprevisible. La guerra hacía más insegura la travesía y obligaba a los inmigrantes a confrontarse con situaciones económicas en origen y en destino mucho más indeterminables” (Devoto, 2007: 546).

En el período siguiente, que abarca de 1930 a 1945, caracterizado por una crisis en el crecimiento económico, con una política de capitalismo dependiente, basado en una industrialización sustitutiva de importaciones, comienza a declinar el flujo migratorio transoceánico. En concreto,

la dinámica demográfica que acompañó a esta estrategia, nos muestra que, en relación al tamaño de la población, los casi 12 millones de habitantes de 1929, se elevan a 15 millones en 1947. El importante flujo migratorio europeo inicia su declinación hacia 1914, acentuándose esta tendencia al comenzar la década del 30; razón por la cual el crecimiento vegetativo se convirtió en el principal factor de crecimiento poblacional (Novick, 2000: 7/8).

Este período y su dinámica declinatoria coincide a su vez con la normativa restrictiva que primero se escuda en la necesidad de controlar el

estado sanitario de los inmigrantes y el no deseado contenido ideológico que podrían traer de sus lugares de origen, y que posteriormente, ve al inmigrante como potencial mano de obra competitiva en un contexto de crisis económica, restringiendo su ingreso a fin de proteger el nivel de empleo interno y combatir la desocupación, siendo este el caso del decreto n° 8.972/1938.

En los años de referencia, entonces, disminuye el porcentaje de europeos a la par que “disminuye el porcentaje de extranjeros sobre el total de la población, mientras que aumenta el de limítrofes sobre el total de extranjeros”, sometidos en este contexto normativo, a condiciones de vulnerabilidad y privación de acceso a derechos básicos. En tal sentido, sostiene Novick que los inmigrantes limítrofes ilegales comienzan a ser un nuevo problema a resolver en materia de política migratoria, que como vimos no se abordó sino hasta hace poco de manera integral y desde una perspectiva de derechos humanos (Novick, 2000: 8).

En el siguiente período, entre 1946 y 1955, en el marco de una política que prioriza el mercado interno y procura la redistribución de ingresos hacia los sectores asalariados, las tendencias demográficas más notables fueron el ingreso de una nueva oleada de inmigrantes europeos arribados después de finalizada la Guerra, que sin embargo no alcanzó los niveles de comienzo de siglo (en valores absolutos va de 2.122.663 en 1947 a 2.137.187 a 1960); un incremento continuo del flujo de inmigrantes limítrofes³ y un aumento de las migraciones internas; al tiempo que se da un descenso de las tasas de natalidad y mortalidad, lento y continuado ya desde etapas anteriores.

Por último, en el período que abarca desde 1955 a 1970, bajo el signo de gobiernos militares que aplican un modelo de Estado burocrático autoritario e intentan “un desarrollo basado en la industrialización sustitutiva, liderado por los grandes productores agropecuarios en alianza con los sectores industriales de capital extranjero oligopólico” (Novick, 2000:

³ Con las cifras a las que hice referencia en la nota nro. 2.

12), se da una fuerte baja en el ingreso de población extranjera no limítrofe (llegando a 1.676.550 en 1970) y un fluctuante aporte migratorio proveniente de países limítrofes que pese a ello, llega a 553.850 en 1970 y continúa en aumento en los períodos posteriores.

En suma, las cifras

muestran que, a partir de mediados del siglo XX, la Argentina perdió relevancia como destino prioritario de los inmigrantes intercontinentales, especialmente los europeos. Sin embargo, no dejó de ser un lugar de destino de los inmigrantes intracontinentales (principalmente bolivianos, paraguayos, chilenos, uruguayos y peruanos), aun cuando sus proporciones sobre el total de la población siempre hayan sido menores que las de la inmigración extrarregional (Pacecca y Courtis, 2008: 10).

6. Conclusión

Como conclusión del análisis efectuado, se puede observar que la figura del inmigrante fue variando de acuerdo al “choque” del ideal de Estado-Nación impuesto por las élites gobernantes con la realidad que representaron los actores sociales recién llegados.

Esto se manifestó en la potestad del Estado de asignar un *status* traducido en la posibilidad de acceder a los deberes y derechos propios de la pertenencia a la comunidad de ciudadanos de la Nación; y en uso de la misma, fue estrechado la normativa, en principio abierta a la inmigración, que comenzó a imponer mayores obstáculos para el ingreso de aquéllos inmigrantes que no se condecían con el ideal de europeo civilizado que se buscaba como base social de la República.

Sin embargo, el peso de estas restricciones es relativo sobre la dinámica de los flujos migratorios, que se vieron más afectados por los vaivenes de la situación económica del país: “el movimiento de ascenso de las mismas [de las oleadas migratorias] puede ser puesto en relación con

fases expansivas de la economía argentina, aunque su volumen total sea estrechamente dependiente de otros factores como la magnitud de la oferta migratoria global europea” (Devoto, 2007: 547).

Tal es así que, como se dijo, las leyes de Residencia y de Defensa Social no impactaron en una disminución del flujo transoceánico, ni tampoco las leyes posteriores lo hicieron sobre el flujo de inmigrantes provenientes de países limítrofes. De esta forma, en tanto

desde el punto de vista económico, los procesos migratorios están ligados a diferenciales socioeconómicos entre el lugar de origen y el de destino. Pero incluso en períodos de escaso crecimiento, la percepción de estos diferenciales se mantuvo para los migrantes de los países vecinos, Argentina se perfiló como un mercado de trabajo de acceso relativamente fácil y rápido (Pacecca y Courtis, 2008: 11).

Sin embargo, y no menos importante, esta política migratoria restrictiva y basada en la concepción de la ciudadanía ligada a la de Estado-Nación, sí tuvo un fuerte impacto sobre la profundización de las condiciones de vulnerabilidad en las que estos migrantes se asentaron en el territorio nacional, privándoseles del acceso a derechos básicos y excluyéndolos, ya sea de hecho o de derecho, del *status* de ciudadanos.

7. Bibliografía

- Benhabib, Seyla (2005). “El derecho a tener derechos: Hannah Arendt y las contradicciones del Estado-nación”. En Benhabib Seyla. *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Barcelona: Gedisa.
- Costanzo, Gabriela (2007). “Lo inadmisible hecho historia: La Ley de Residencia de 1902 y la Ley de Defensa Social de 1910”. En *Revista Sociedad*. N° 26, Facultad de Ciencias Sociales, UBA, Prometeo. Disponible en el sitio web: <http://www.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/15.-Lo-inadmisible-hecho-historia-N%C2%B026.pdf>.

- Devoto, Fernando (2007). "La inmigración de ultramar". En Torrado, Susana (comp.). *Población y bienestar en la Argentina del primero al segundo Centenario*. Buenos Aires: EDHASA.
- Miguelañez Martínez, María (2010). "1910 y el declive del anarquismo argentino. ¿Hito histórico o hito historiográfico?". En *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles, 2010*. Disponible en el sitio web: http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/52/96/99/PDF/AT5_MiguelaA_ez.pdf.
- Novick, Susana (1997/2000). "Políticas migratorias en Argentina". En Oteiza, Enrique, Novick, Susana y Aruj, Roberto. *Inmigración y Discriminación Políticas y Discursos*. Grupo Editor Universitario, Buenos Aires. Disponible en: <http://www.prodem.net.ec/images/documentos/politicasmigratoriasenargentina2.pdf>
- Pacecca, María Inés y Courtis, Corina (2008). *Inmigración contemporánea en Argentina: dinámicas y políticas*. CEPAL-CELADE, Serie: Población y Desarrollo, nro. 84, 2008.
- Villavicencio, Susana (2003). "Ciudadanos para una nación". En Villavicencio (comp.). *Los contornos de la ciudadanía. Nacionales y extranjeros en la Argentina del Centenario*. Buenos Aires: EUDEBA.

EL EXTRANJERO, PARADIGMA DEL OTRO.

REFLEXIONES DESDE UNA MIRADA DE LA PSICOLOGÍA INSTITUCIONAL

Psic. María Eugenia Velázquez

1. Acerca de la psicología institucional

La psicología institucional es una rama poco conocida de la psicología que nació en la Argentina a partir de los desarrollos de Fernando Ulloa (1995) y cuyo objeto de estudio es la institución (Castoriadis, 1975). Teniendo en cuenta que los fenómenos sociales son un objeto complejo cuya comprensión es siempre inacabada, es simplemente razonable la utilización de conceptos provenientes de distintos marcos teóricos que colaboren en la interpretación y comprensión de dichos fenómenos. Es por esta razón que pueden encontrarse, en otros países y disciplinas, propuestas muy similares a la de la Psicología Institucional que llevan diferente nombre. Por ejemplo Psicología Social (Salazar Villava, 2004), Enfoque Clínico de las Ciencias Sociales (Mancovsky, 2011), entre otras. Estas corrientes mantienen entre si algunas diferencias. Sin embargo, lo que caracteriza a todas ellas es que comparten, al menos, dos ejes principales. En primer lugar, tratan de romper con la antinomia individuo sociedad. Toda psicología es desde el principio necesariamente social. Para lograr llevar adelante con éxito esta ruptura, es menester buscar nuevos medios conceptuales y lingüísticos que colaboren en comprender los cambios sociales como procesos que configuran una red de interdependencia en el entramado humano.

El concepto de «sociedad» mismo tiene este carácter de objeto aislado en situación de reposo, igual que el de «naturaleza». Lo mismo sucede con

el concepto de «individuo». En consecuencia nos vemos una y otra vez obligados a utilizar formulaciones absurdas como, por ejemplo, «individuo y sociedad», que da a entender que «individuo» y «sociedad» son cosas distintas, como una mesa y una silla o una olla y una marmita (Elias, 1982: 66).

El segundo eje es la relativización de la pretensión de objetividad en el abordaje análisis e interpretación del objeto de estudio. Los modelos experimentales y positivistas plantean al investigador como una *tabula rasa*, un ser sin sentimientos ni conocimientos previos. En la Psicología Institucional se parte del supuesto de que la objetividad es ilusoria. Se entiende al investigador como un sujeto constituido socialmente. Que ineludiblemente mira las cosas, aunque a veces sin advertirlo, desde una posición política, ética y metodológica determinada. La forma con la cual se garantiza la validez epistemológica es mediante el análisis de su implicación (Lourau, 1991). Esta herramienta proveniente del Análisis Institucional implica un continuo trabajo con la propia subjetividad sobre sus significaciones “respecto al deseo, (...) respecto al dinero, a la autoridad y las formas de poder, es decir a las relaciones institucionales” (Loreau, 1991: 21) Incluye a su vez el examen de los límites prácticos y teóricos con los que el investigador se encuentra en el trabajo en situación y, por supuesto, la conciencia de ese no-saber que debe estar siempre necesariamente presente en el análisis.

2. La hermosa imposibilidad de las instituciones

Se entiende a la institución de la sociedad tal como la plantea Castoriadis en el segundo tomo de su libro *La institución imaginaria de la sociedad* (1975). Se trata de una urdimbre de instituciones parciales entendidas como modos de hacer y comprender el mundo, mitos, ritos, valores, normas, lenguaje, etc. que vinculan a las entidades colectivas y los individuos. Un magma de significaciones imaginarias sociales que dan una unidad, orientando y dirigiendo la vida social. Son imaginarias porque no se

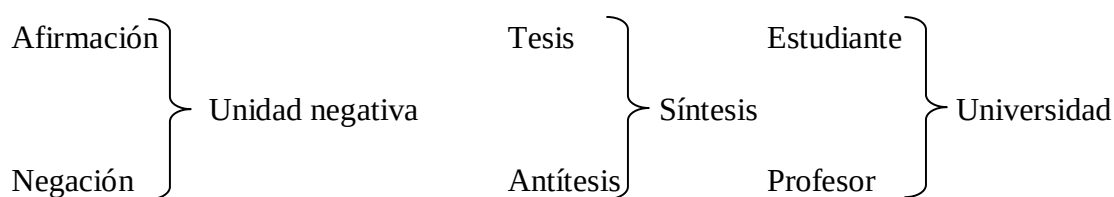
corresponden con ningún elemento racional o real, se dan por arbitraria creación, y sociales en tanto que son compartidas por un colectivo anónimo. Estas dos características hacen que el magma se encuentre en continuo movimiento y transformación, desplazando continuamente sus significaciones a nuevas significaciones, pero a su vez manteniendo una cohesión o *eidos* social que hace que se conserve como una y la misma sociedad.

La institución es, entonces, entendida no como algo estático, sino como algo en permanente movimiento y transformación. Esta dinámica puede intentar explicarse a través de los distintos momentos que constituyen la forma social visible en la que se confunden la institución y su movimiento. Para hacerlo necesitamos recurrir en primera instancia a la dialéctica hegeliana.

Ante la pregunta por la sustancia de las cosas y el ser en-sí como categoría fundamental, la propuesta de Hegel se ubica en una posición diametralmente opuesta. Plantea que las cosas no son sino en sus relaciones.

O dicho con mayor exactitud: Hegel no sostiene que no haya sustancias o cosas, sino que éstas sólo constituyen el aspecto inmediato y abstracto de algo que luego, considerado mediata y concretamente en toda su realidad plena, se desplegará como una riquísima trama de relaciones (Carpio, 2003: 317).

Las cosas o los pensamientos tomados aisladamente se contradicen a sí mismos. Solo tienen sentido cuando se ponen (u oponen) en relación con otra cosa. Una silla no es en sí misma sino cuando hay alguien que la utiliza para sentarse. Es allí cuando la silla adquiere su valor pleno, a partir de que se pone en relación con aquello que no es y que se le o-pone. De esta forma la cosa se realiza y se afirma a través de su negación en una unidad cualitativamente superior, en que la tesis (cosa) y la anti-tesis (su contrario) no son más que los momentos de la totalidad.



Así la institución se entiende como una unidad negativa. No se trata de sistemas totales y positivos que bastaría desmontar, sino de totalidades parciales trabajadas por una doble negatividad (Loreau, 1991). La institución quedaría compuesta por los siguientes momentos sincrónicos; La afirmación o unidad positiva: son las normas y objetivos universales, es su aspecto más abstracto e ideológico, lo ya instituido. Lo particular o negación de la universalidad: toda afirmación universal queda negada cuando se particulariza. Es el momento más concreto de la institución, conformada por una base social unida, no por el consenso, sino por los infinitos factores que rebasan lo ideológico, por las particularidades de los individuos que conforman el agrupamiento negando la idea misma de la colectividad. Lo singular o la unidad negativa: es el momento que incluye y supera a los dos momentos anteriores. Es la institución en si misma con sus aspectos positivos y negativos funcionando al mismo tiempo en una unidad imposible, la de la negatividad. Lo que da cohesión a la institución no es la yuxtaposición de individuos, sino esa pluralidad heterogénea que afirma a la vez que niega su propia existencia.

Entendemos entonces que las organizaciones, el aspecto más concreto de las instituciones, su encarnación en forma de edificios y personas, están atravesadas por múltiples instituciones parciales, o significaciones imaginarias sociales, que condicionan y orientan la forma es que la tarea se lleva adelante. Como psicólogos institucionales nuestro trabajo consiste en reconstruir, a partir de lo dicho por el colectivo que conforma las organizaciones, esos atravesamientos y las modulaciones parciales que adquieren en ese agrupamiento para detectar el modo en que influyen en la tarea. De esta forma acompañamos a las personas que

realizan un trabajo a desnaturalizar sus modos instituidos para liberarse de la alienación que conlleva y entonces poder elegir, dentro de las posibilidades marcadas por la materialidad de la realidad situacional, caminos alternativos que cuestionen sus propios modos de hacer y pensar.

Una forma quizás más sencilla de plantear lo dicho hasta aquí, puede lograrse a partir de la comparación con la forma en que Lakoff y Johnson (2005) entienden a las metáforas. Estos autores plantean que en la vida diaria los individuos actúan y piensan, de forma más o menos automática, asentándose en pautas conceptuales a las cuales se accede a partir del análisis del lenguaje y la comunicación cotidiana. Este sistema conceptual ordinario está estructurado en base a metáforas que influyen directamente en la organización de la actividad del día a día. “La metáfora es así concebida no como un rasgo exclusivo del lenguaje, sino como parte integral del sistema conceptual ordinario que estructura la forma de pensar y actuar de las personas” (Velázquez, 2014: 230).

Si entendemos las pautas conceptuales de las que hablan Lakoff y Johnson (2005) como significaciones imaginarias sociales, podemos comprender la influencia que tienen sobre nuestra realidad cotidiana y nuestros modos de hacer. El mundo es significación y modificando la significación podemos modificar el mundo.

3. ¿Quién es el otro?

Si ponemos a todas las personas a lo largo de una línea imaginaria, dice Bauman (1994) retomando a Schutz, la distancia social de mediación aumenta a medida que la intensidad y el volumen en los intercambios sociales disminuyen. Una de las principales distinciones que trazan una línea divisoria en ese continuum y la que tiene más influencia en el tipo de relación que establecen las personas, es la que separa a “nosotros” de “ellos”. “Nosotros” representa claramente al grupo de pertenencia, mientras que “ellos” refiere al grupo que no se quiere ni puede pertenecer.

Para que “ellos” se constituyan como verdaderos otros es necesaria la oposición con un grupo de pertenencia desde el cual se mira. Es este grupo de pertenencia el que atribuye cualidades particulares a los otros de acuerdo con el tipo de relación que se establezca entre ambos.

Si el “otro” aparece como algo muy remoto, se le considera benigno y se lo dota con los atributos del “Paraíso”. En el extremo opuesto, el “otro” puede ser algo tan a mano y tan relacionado conmigo mismo, como mi señor, o mi igual, o mi subordinado (...) Pero a mitad de camino entre el “otro” celestialmente remoto y el “otro” próximo y predecible, hay una tercera categoría que despierta un tipo de emoción totalmente distinta. Se trata del “otro” que estando próximo es incierto. Todo aquello que está en mi entorno inmediato y fuera de mi control se convierte inmediatamente en un germen de temor. El otro cercano y desconocido, que en general se erige como fuente de peligro (Leach, 1967: 50-51).

El otro conocido y cercano constituye el grupo de referencia, el “nosotros”. Son los familiares, amigos y compañeros con los que el sujeto puede identificarse, pero en los que no puede dejar de reconocer esa diferencia insoslayable que los convierte en otros distintos de él. El otro desconocido y lejano está idealizado. Se constituye, en general, por culturas exóticas, como el hinduismo, que llegan a los individuos deformadas por un modo de ver occidental que colabora con esa idealización. El representante paradigmático de la categoría del otro cercano y desconocido es, en nuestro país, el inmigrante latinoamericano. Especialmente aquellos que provienen de países limítrofes, como el boliviano o el paraguayo. De hecho el otro por antonomasia es siempre el extranjero.

La pregunta por el otro es característicamente antropológica. Si bien este cuestionamiento puede remontarse hasta la época en que los primeros grupos de cazadores/recolectores se encontraban durante sus travesías con algún otro colectivo, no es sino hasta el siglo XIX que la antropología se erige como ciencia. Recién cuando la sociedad industrial europea se extiende

en pocas generaciones sobre el resto del globo terráqueo, es cuando esta pregunta toma la forma precisa acerca de la alteridad.

Alteridad significa aquí un tipo particular de diferenciación. Tiene que ver con la experiencia de lo extraño. (...) Pero la experiencia del extranjero no es posible sin el extrañamiento de la siempre previa patria-matria¹, que se recuerda justamente estando en el extranjero. Por ello, desde el comienzo el país extranjero se encuentra cargado de tensión inquietante: extraño es el extranjero, son los extranjeros primero siempre. (Krotz, 2004: 19)

Es curioso que en el inicio de la ciencia eran los antropólogos quienes viajaban hasta las culturas que les eran extrañas, y sin embargo eran esas culturas “desconocidas” las que eran significadas como “otras”, como “extranjeras”. La antropología no es posible sin el etnocentrismo (Krotz, 2004). La pregunta es ¿por qué?

4. Ensayo de una respuesta desde el psicoanálisis

En *El malestar de la cultura* (1930) Freud explica cómo se generan las colectividades, los agrupamientos. Pero para llegar a esto, primero hay que explicar cómo surgen las subjetividades.

Al nacer el bebé no diferencia interior y exterior, propio y ajeno. Esta discriminación irá aprendiéndose poco a poco a partir de las distintas sensaciones que va percibiendo. Se puede inferir que una de las primeras situaciones que marcan una diferenciación entre el yo y el objeto es la ausencia del pecho materno. No puede pasarle desapercibido que algunas fuentes de excitación, las provenientes de sus órganos, le envían impresiones en todo momento, mientras que otras sensaciones,

¹ Se usa aquí este compuesto para aproximarse al significado del término alemán “Heimat” que tiene importantes connotaciones en el habla popular, el romanticismo y la filosofía de Bloch, por ejemplo, y que supera lo que usualmente suele estar contenido en la palabra patria. Este último puede complementarse mediante el significado de matria elaborado por L. González (1978) que se refiere a los aspectos menos marciales del terruño y de la patria chica.

especialmente la que provienen del seno de la mamá durante la alimentación, solo se producen luego de un tiempo de espera y de acciones concretas, en este caso el llanto persistente. Esta es la primera vez que se asocia el objeto a una exterioridad. Es entonces que a partir del principio del placer² tiende a poner fuera de sí todo aquello que es displacentero o doloroso y a conformar un yo-placer al que se le contrapone el mundo amenazador. Sin embargo el principio de realidad³ comienza a indicarle que hay situaciones placenteras que no pueden separarse de su yo y placeres que provienen claramente desde el exterior.

Con posterioridad el niño y/o la niña ingresarán al complejo de Edipo. La madre fue aquella que proveyó a su hijo los primeros placeres, por lo tanto se constituye como fuente principal de gozo. Es imbestida libidinalmente como objeto. Con el padre sucede un proceso diferente. El niño se identifica con el progenitor. Quiere ser como él y remplazarlo en su lugar junto a la madre. Esto sucede en todos los niños, tanto varones como mujeres. A partir de allí los derroteros edípicos tomarán caminos que no interesa explorar en este escrito, pero que terminarán en el desarrollo del amor de meta inhibida hacia los progenitores, es decir el amor tierno. Sí es importante decir en cambio, que a partir de la relación con los padres el pequeño va introyectando a las figuras parentales y con ellas la cultura, el lenguaje, los mitos, los ritos, los modos de ver e interpretar el mundo. En concreto, las significaciones imaginarias sociales propias del lugar y tiempo en que nació. A su vez es menester destacar el desarrollo de una instancia psíquica particular.

(...)en nuestro yo se desarrolla una instancia así, que se separa del resto del yo y puede entrar en conflicto con él. La llamamos el «ideal del yo», y le atribuimos las funciones de la observación de sí, la conciencia moral, la censura onírica y el ejercicio de la principal influencia en la represión. Dijimos que era la herencia del narcisismo

² Principio económico. La actividad psíquica que tiene la finalidad de procurar placer o evitar el displacer. Laplanche, J. y Pontalis, J. 1996.

³ Se liga al principio de realidad modificándolo. Se impone como regulador; el placer ya no se obtiene de forma inmediata sino a través de rodeos y aplazos en función de las condiciones impuestas por el mundo exterior. Laplanche, J. y Pontalis, J. 1996

originario, en el que el yo infantil se contentaba a sí mismo. Poco a poco toma, de los influjos del medio, las exigencias que este plantea al yo y a las que el yo no siempre puede allanarse, de manera que, el ser humano, toda vez que no puede contentarse consigo en su yo, puede hallar su satisfacción en el ideal del yo, diferenciado a partir de aquel”. (Freud, 1992b:103)

Para comenzar a exponer cómo se generan las colectividades, se debe señalar que según Freud pueden encontrarse tres fuentes principales de sufrimiento: la decadencia del cuerpo por el paso del tiempo, las catástrofes naturales y las insuficiencias de las reglas que regulan los intercambios entre los seres humanos, vale decir la ley, la cultura. La actitud que toman las personas respecto de las dos primeras es la de intentar modificarlas a partir del avance de las ciencias. Gracias a la medicina el hombre ha extendido notablemente el tiempo de vida y la calidad de la misma. La ingeniería ha modificado los cursos de los ríos. La genética ha permitido crear semillas más resistentes a las pestes y capaces de crecer en climas no tradicionales. Etc. Pero la postura que se toma respecto de la tercer causa es muy diferente. Los sujetos suelen fantasear con un tiempo pretérito en el que se fue feliz, donde los deseos se cumplían inmediatamente sin necesidad de los rodeos que imponen las relaciones sociales. Pero si esto fue así en algún momento ¿qué llevó a la emergencia de la asociación con otros? La respuesta es la necesidad de protección.

En un mundo en el que todos los seres recurren a la satisfacción inmediata de sus pulsiones⁴, tanto sexuales como agresivas, nada lo libra de quedar a salvo del arbitrio y la violencia un individuo más fuerte. Es entonces cuando surge la necesidad de asociarse y con ella la emergencia de la cultura. En *Tótem y Tabú* (1913) Freud recoge de los escritos de Darwin la idea de que la forma primordial de la sociedad fue la de una horda gobernada tiránicamente por un macho fuerte. En esta hipótesis que llama “la horda primordial” Freud plantea que se trata de un colectivo humano de

4 Fuerza dinámica que tiende a un fin. Nacida de una tensión corporal esta fuerza tiende a suprimir esa tensión a partir de la concesión de un fin que se relaciona con un objeto. Laplanche, J. y Pontalis, J. 1996.

hombres y mujeres (hermanos) gobernados por un padre todo poderoso que bajo la amenaza de la castración se reservaba para si mismo el uso sexual de las mujeres. Así, los jóvenes se veían expulsados del colectivo y obligados a encontrar pareja en el mundo exterior con la posibilidad de crear una horda similar a la que habían sido expulsados. Los sentimientos que gobernaban los jóvenes respecto del progenitor eran ambivalentes, por un lado lo odiaban por serles el impedimento de lograr una satisfacción sexual directa, y por el otro se identificaban con él en el punto en que querían remplazarlo y contar con los privilegios que este tenía. Un día los hermanos expulsados se animaron hacer juntos lo que solos era imposible: matar al tirano padre. A partir de la consecución de este acto que satisfacía las pulsiones agresivas surgen, a posteriori, los sentimientos tiernos y la conciencia de culpa. “Revocaron su hazaña declarando no permitida la muerte del sustituto paterno, el tótem, y renunciaron a sus frutos denegándose las mujeres liberadas.” (Freud 1991: 143) Surge de esta forma por primera vez el símbolo de la unión de un colectivo, el tótem. Y la primera ley que regula sus relaciones: el tabú del incesto.

La horda primitiva constituye el arquetipo de la forma que tomarán las masas artificiales. Una masa artificial es un colectivo con un alto grado de organización y de duración prolongada. Para cuya constitución se necesita en principio de una compulsión externa, pero que posteriormente a partir de diferentes mecanismos de reproducción y cohesión logran una adhesión de los sujetos más o menos permanente. Es la conjunción entre estos otros cercanos y conocidos que están ligados entre si por alguna razón distinta a la pertenencia a un núcleo familiar de origen. Las masas artificiales por antonomasia dentro de las sociedades son la iglesia y el ejército. La forma en que se estructuran sería la siguiente. En ambas instituciones rige la misma ilusión, hay un jefe que ama a todos los individuos de la masa por igual (Cristo para la iglesia católica y el general para el ejército). Este es el primer tipo de lazo libidinal que se establece en las colectividades, todos los sujetos invisten libidinalmente al jefe o líder y lo colocan en lugar de su ideal del yo. Y es a partir de este proceso que se

establece una identificación parcial entre los yo de los sujetos que integran el conjunto. Lo que completa la forma estructural en la que se compone la masa.

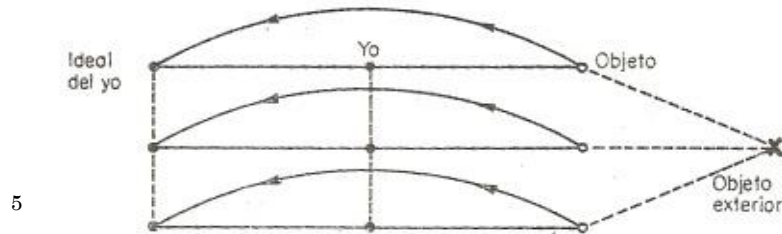


Figura 1. Representación gráfica de la constitución libidinal de una masa. Adaptado de Psicología de las masas y análisis del yo. Por Freud, 1921. En J. L. Etcheverry (Traduc.), *Obras completas* (Vol. 18). p. 110. Copyright de la edición castellana, 1976, Amorrortu editores S.A.

Notemos que en estas dos masas artificiales cada individuo tiene una doble ligazón libidinosa: con el conductor (Cristo, general en jefe) y con los otros individuos de la masa. (...) Que permitiría esclarecer el principal fenómeno de la psicología de las masas: la falta de libertad del individuo dentro de ellas. Si todo individuo está sujeto a una ligazón afectiva tan amplia en dos direcciones, no nos resultará difícil derivar de ese nexo la alteración y la restricción observadas en su personalidad. (Freud, 1992b: 91)

Es importante hacer notar, no solo que el establecimiento de lazos libidinales en dos direcciones al mismo tiempo constituyente un rasgo fundamental para el mantenimiento y estabilidad de la estructura de la masa, sino que este tipo de lazos libidinales que se establecen remiten a el tipo de lazos que se fundaron primitivamente con los progenitores durante el Edipo (investidura directa del objeto con meta inhibida con la madre e identificación parcial con el padre.) Finalmente hay que decir que aquello que colocan todos los integrantes del conjunto en remplazo de su ideal del yo no es necesariamente un sujeto o individuo en particular, puede ser también, y en general, una idea, un conjunto de ideales, una significación

en particular, por ejemplo la patria. Si la nación es puesta en el lugar del ideal del yo y ordenada jurídica y políticamente, se puede percibir con claridad cómo se constituye psicológicamente un país. Y cómo se establece un tipo de satisfacción libidinal particular que remplace aquella fantasía de satisfacción directa pero solitaria, abandonada de la cultura.

Quedaría por señalar que para vivir en sociedad los sujetos no solo deben inhibir en su meta a las pulsiones sexuales, sino también las agresivas. Estas pulsiones necesitan ser descargadas de alguna forma, directa o indirectamente.

No es fácil para los seres humanos, evidentemente, renunciar a satisfacer esta su inclinación agresiva; no se sienten bien en esa renuncia. No debe menospreciarse la ventaja que brinda un círculo cultural más pequeño: ofrecer un escape a la pulsión en la hostilización a los extraños. Siempre es posible ligar en el amor a una multitud mayor de seres humanos, con tal que otros queden fuera para manifestarles la agresión (Freud, 1992b: 111).

Si hay que descargar la agresividad sobre alguien, es preferible que sea sobre aquellos que no pertenecen a su círculo social extenso, a la masa que constituye el nosotros. Quién mejor, entonces, que aquellos que resultan extraños pero a su vez están suficientemente cerca para poder señalarlos con el dedo, para poder irrumpir en el entorno inmediato del individuo masa, pero fuera de su control.

Freud llama “Narcisismo de las pequeñas diferencias” a la animadversión que puede observarse entre pueblos vecinos. Por ejemplo españoles y portugueses, ingleses y escoceses y, por qué no, argentinos y brasileños. Este fenómeno permite satisfacer las pulsiones agresivas a la vez que afina las relaciones al interior de la comunidad.

5. A modo de cierre

A partir de una pregunta guía, hecha en forma tácita, acerca del extranjero como paradigma del otro se fue elaborando un recorrido que da cuenta la constitución de la alteridad en la conjugación de diferentes disciplinas. Esta exposición intenta romper con la antinomia individuo sociedad reflejando el continuo que se establece entre los procesos psicológicos individuales y sociales y entre los aspectos estructurales e históricos.

Las significaciones imaginarias sociales constituyen y modelan la subjetividad a la vez que aseguran la continuidad de una sociedad determinada. Es desde esta sociedad occidental y antropocéntrica, imbuida de un pensamiento dicotómico que “entendemos” y categorizamos a los extranjeros, a los otros, y damos explicaciones a procesos sociales complejos. Es nuestro deber como investigadores y ciudadanos tratar de relativizar nuestras verdades para dar lugar al otro como sujeto pleno y para complejizar los fenómenos que se estudian.

6. Referencias bibliográficas

- Bauman, Z. (1994). *Pensando sociológicamente*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Carpio, A. (2003). *Principios de filosofía: Una introducción a su problemática*. Buenos Aires: Glauco.
- Castoriadis, C. (1975). *La institución imaginaria de la sociedad*. Barcelona: Tusquets Editores.
- Elias, N. (1982). *Sociología Fundamental*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Freud, S. (1991). “Tótem y Tabú”. En J. L. Etcheverry (Traduc.), *Obras completas* (Vol. 13). Buenos Aires & Madrid: Amorrortu. (Trabajo original publicado 1913).

- Freud, S. (1992). "El malestar en la cultura". En J. L. Etcheverry (Traduc.), *Obras completas* (Vol. 21). Buenos Aires & Madrid: Amorrortu. (Trabajo original publicado 1930).
- Freud, S. (1992b). "Psicología de las masas y análisis del yo". En J. L. Etcheverry (Traduc.), *Obras completas* (Vol. 18). Buenos Aires & Madrid: Amorrortu. (Trabajo original publicado 1921).
- Krotz, E. (2004). *Alteridad y pregunta antropológica. Constructores de Otredad. Una introducción a la Antropología Social y Cultural*. Boivin, M., Rosato, A. y Arribas, V. Editores. Buenos Aires: Antropofagia.
- Lakoff, G. & Johnson, M. (2005). *Metáforas de la vida cotidiana*. Madrid: Cátedra.
- Laplanche, J. y Pontalis, J. (1996). *Diccionario de psicoanálisis*. Buenos aires: Paidós.
- Leach, E. (1967). *Un mundo en explosión*. Barcelona: Anagrama.
- Lourau, R. (1991). *El análisis institucional*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Mancovsky, V. (2011). "El enfoque clínico en ciencias sociales: La sutil diferencia entre la búsqueda y el hallazgo". Presentado en el VIII Congreso Internacional de Psico- sociología y Sociología Clínica: "Transformaciones Sociales y Desafíos del Sujeto". Montevideo 13 a 15 de abril 2011.
- Salazar Villava, C.M. (2004). "Dispositivos: Máquinas de visibilidad". *Anuario de Investigación 2003*. México: Dpto. de Educación y Comunicación -UAM-X, CSH, pp. 291-300.
- Ulloa, F. (1995). *La novela clínica psicoanalítica: Historial de una práctica*. Buenos Aires: Paidós.
- Velázquez, M E. (2014). "Un recorrido bibliográfico por los conceptos sujeto-sociedad, cuerpo, indumentaria y sus interrelaciones". *Interdisciplinaria* [online]. vol.31, n.2, pp. 227-237. Recuperado de

http://www.scielo.org.ar/scielo.phpscript=sci_arttext&pid=S1668-70272014000200003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1668-7027.

CONSTITUCIÓN E INSTITUCIONES AMBIENTALES



EL AGUA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y CONSTITUCIÓN DE LA PAMPA

Abog. Pamela Loperena

La reforma constitucional del año 1994 introdujo modificaciones en el texto de nuestra Constitución Nacional. Una de ellas es la referida a los recursos naturales como recursos que pertenecen a las provincias en el artículo 124 de la Constitución Nacional.

Se incorporó que "corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio". También se introdujeron otras disposiciones: el artículo 41 versa sobre las actividades productivas sustentables, su uso racional y acerca de la competencia que tiene la Nación para el dictado de las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección; el artículo 75. inc. 17 relativo a la participación de los pueblos originarios en la gestión de sus recursos naturales.

Lo que estableció la reforma en el citado artículo 124 y las demás disposiciones relativas a los recursos naturales fue en primer lugar, referirse a quien sería el sujeto titular de los recursos naturales, luego de la controversia que existía respecto de la pertenencia de tales recursos a la Nación, o a las provincias, la Reforma de 1994 estableció que los recursos naturales pertenecen a las provincias (Rebasa y Carbajales, 2011).

Al calificar a ese dominio como "originario", ha sido adoptado el carácter público de los recursos naturales como bloque, o conjunto, y que implica la tutela del Estado o del poder público tanto como regulador y como legislador sobre sus usos y en beneficio del conjunto social.

Los recursos naturales comprenden una variedad amplia de bienes que presentan condiciones diversas de status jurídico, de uso y disposición por parte de la comunidad: integra a los minerales en general, los hidrocarburos, al suelo y sus riquezas, al agua, al mar y sus frutos; al espacio aéreo; a la flora y fauna silvestres, que comprende la biodiversidad; y a ciertas formas de energía.

1. El ambiente como bien tutelado: artículo 41 de la Constitución Nacional

Nuestra Constitución incorporó en la reforma de 1994 el derecho que todos los habitantes tienen a gozar de un “ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”, pero también les impone el deber de preservarlo.

Sostiene Rosatti (2007) que la pretensión que consagra la Constitución de preservar o resguardar el medio ambiente sano, es un auténtico derecho y no una mera aspiración, y tiene la particularidad de que el sujeto destinatario de la pretensión también es su agente, asumiendo así un rol protagónico para que la pretensión se concrete y efectivice. Ello deriva en la consecuencia de que no es solo el Estado quien debe velar y ser responsable por el medio ambiente sano, sino todos y cada uno de los habitantes. Sería una especie de responsabilidad compartida entre el Estado y el conjunto de la sociedad.

El art. 41 CN ordena a las autoridades, proveer a la protección del medio ambiente sano y equilibrado, pero incluye también la utilización racional de los recursos naturales. En la actualidad podemos relacionar este mandato con el desarrollo sustentable. Y ello implica, siguiendo a Rosatti (2007), una difícil relación, debido a que Estado y Mercado se encuentran en la constante procura de incrementar sus beneficios a expensas de la otra parte.

El tercer párrafo del ya citado artículo 41 dispone que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”. Esta norma consagra la distribución de competencias y facultades entre las Provincias y la Nación, en materia ambiental para proteger la calidad de vida de los habitantes.

Se incorporan dentro de las facultades de las provincias todo lo relacionado a la reglamentación y regulación del uso concreto del recurso, el control de esas reglas, siempre que no fueran contrarias con la jurisdicción nacional ni su legislación respecto de los presupuestos mínimos.

Con relación a los ríos interiores, el artículo 26 consagra que la navegación es “libre” para los buques de todas las banderas, solo con la sujeción a los reglamentos que dicte la autoridad nacional. El aprovechamiento hídrico corresponde a la jurisdicción provincial, ese derecho lo han reservado las Provincias para sí, y no lo han delegado expresamente en la Nación. En cuanto al dominio de las aguas el principio es que corresponde a las provincias y también su jurisdicción, salvo que las aguas fueran navegables, en cuyo caso la jurisdicción es federal. Las aguas interprovinciales no navegables corresponden a las provincias en que se hallan o cruzan, tanto el dominio como la jurisdicción.

2. Incorporación de los Tratados en el artículo 75 Inciso 22

En la reforma de la Constitución, se incorporaron Tratados de Derechos Humanos en el texto del Artículo 75 inciso 22 que comparten la supremacía de la Constitución, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo.

De los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protocolo facultativo, surge la fundamentación jurídica del derecho humano al agua.

El derecho de acceso al agua es un derecho humano, pero no se extingue en la forma de satisfacer la sed o aquellas necesidades elementales de todo ser humano, porque debe cumplir también con fines ambientales.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, —El Salvador, 1988— establece en su art. 11. Derecho al medio ambiente: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

Siguiendo a Bidart Campos (2004), estos tratados de derechos humanos, por encontrarse en el mismo rango que la Constitución, no pueden ser acusados de contrarios o violatorios a los principios y derechos de la misma, y tampoco admiten control judicial de constitucionalidad.

Por ello, cuando sus principios son aplicados, debemos considerar e interpretar la jurisprudencia que determinan los tribunales internacionales, en especial cuando se trata de tribunales cuya jurisdicción fue consentida por nuestro país como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o las recomendaciones y opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Entonces podríamos sostener que toda violación a los derechos humanos que consagran estos tratados, compromete la responsabilidad internacional del Estado Argentino, ya sea por acción o por omisión.

Tal sería el caso por el Río Atuel, podríamos interpretar que la conducta de la Provincia de Mendoza, que utiliza las aguas interprovinciales del Río Atuel en forma unilateral desde antaño, desconociendo los principios fundamentales de los recursos hídricos compartidos como el uso racional y equitativo, violando el derecho humano al agua de los habitantes de la Provincia de La Pampa y el deber de no causar daños a los demás estados aguas abajo, desconociendo las obligaciones que implica compartir una

cuenca hídrica, le ocasionaría responsabilidad internacional al Estado Argentino.

La consagración formal del derecho humano al agua fue establecida por las Naciones Unidas el 28 de julio de 2010 en la Observación General n°15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicha resolución estipula que “...el derecho humano al agua es el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico” (CDESyC. Observación General n° 15 20/01/2003), imponiéndose como un mandato que constriñe, obliga a los estados, que deberán adoptarlo en su derecho interno.

Con anterioridad debía invocarse este derecho como un derecho difuso e implícito que surgía de la interpretación de otros derechos, pero no era un derecho reconocido en sí mismo.

Pero también otros tratados establecen las obligaciones de proteger a grupos específicos, tales como la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra las Mujeres (Art. 14.2h); la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 24.2.c) coinciden en que un nivel de vida adecuado incluye el acceso al agua potable.

3. Leyes Nacionales: Ley de Presupuestos Mínimos

En el año 2002 se sancionó la ley n° 25.688, que establece un Régimen de Gestión Integral de las aguas, fijando presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional. Lo que la ley establece son pautas para compartir o distribuir el agua, construir un interés común, a través de principios como la gestión sostenible de la cuenca de un río (Corna y Amestoy, 2012). Se relaciona la gestión del recurso agua con la cuestión ambiental. En su artículo 4° se crean los comités de cuencas hídricas para asesorar en la gestión del agua, y colaborar en la gestión ambiental sustentable de las cuencas, y este artículo fue especialmente criticado por algunas provincias, en especial por la provincia de Mendoza, alegando que se inmiscuye en materia de legislación

provincial. En el artículo 5° encuadra el contenido de “utilización de las aguas”. En el artículo 6° se fijan reglas para dar lugar al uso del agua, si bien las prioridades en el uso están establecidas en los Códigos de Aguas de las Provincias Argentinas. También se procuró la necesidad de elaborar y actualizar un Plan Nacional para preservación y aprovechamiento de cuencas que deberá ser aprobado por ley del Congreso de la Nación. La intención que tuvo el legislador, fue evitar que el uso irracional del agua afecte la biodiversidad y se efectuó equilibradamente el aprovechamiento del agua en las diferentes cuencas. En este caso la autoridad nacional podrá declarar a algunas cuencas o áreas que presenten deterioro, explotación irracional o desertificación, como zona crítica de protección especial, con el fin de tender a la recuperación de las mismas. Este sería, uno de los artículos más importantes, a mi entender, junto con la creación de los Comités de Cuencas y el Plan Nacional de aprovechamiento y preservación de cuencas. Esta ley vendría a dar solución, al menos para las “nuevas provincias”, como La Pampa, que padecen el flagelo de la privación arbitraria de sus recursos hídricos, por parte de otras provincias. Sin embargo, hasta la fecha, esta ley no fue reglamentada, ni del texto de la misma surge cual será la Autoridad de Aplicación.

4. Constitución de la Provincia de La Pampa

No todos los textos constitucionales de las provincias argentinas contienen principios y conceptos que refieran en forma explícita al agua y su relación con el medio ambiente. En su mayoría los textos de las Constituciones Provinciales se limitan a reconocer el derecho que tienen los habitantes de gozar de un ambiente sano, del deber de preservarlo para las generaciones presentes y también para las generaciones futuras. En nuestra Constitución Provincial de La Pampa el Artículo 18 establece que “Todos los habitantes tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el deber de preservarlo. Es obligación del Estado y de toda la comunidad proteger el ambiente y los recursos naturales, promoviendo su

utilización racional y el mejoramiento de la calidad de vida. Los Poderes Públicos dictarán normas que aseguren:

- a) la protección del suelo, la flora, la fauna y la atmósfera;
- b) un adecuado manejo y utilización de las aguas superficiales y subterráneas;
- c) una compatibilización eficaz entre actividad económica, social y urbanística y el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales;
- d) la producción, uso, almacenaje, aplicación, transporte y comercialización correctos de elementos peligrosos para los seres vivos, sean químicos, físicos o de otra naturaleza;
- e) la información y educación ambiental en todos los niveles de enseñanza.

Se declara a La Pampa zona no nuclear, con el alcance que una ley especial determine en orden a preservar el ambiente. Todo daño que se provoque al ambiente generará responsabilidad conforme a las regulaciones legales vigentes o que se dicten”.

Además de la protección genérica del ambiente y los recursos naturales, nuestra constitución provincial establece como principio el adecuado manejo y utilización de las aguas, ya sean subterráneas o superficiales.

Y el Artículo 41 establece que el aprovechamiento de las aguas públicas superficiales y las corrientes subterráneas, será reglado por ley especial y el Poder Ejecutivo promoverá la celebración de convenios con otras provincias y la Nación, para el aprovechamiento de los cursos de aguas comunes, los que deben ser considerados en su unidad de cuenca.

El aprovechamiento de las aguas se legisló en La Pampa así como en otras provincias, por el Código de Aguas —ley n° 2.581—, que rige el aprovechamiento, el uso, conservación y preservación de los recursos hídricos, la defensa contra efectos nocivos de las aguas u obras, y las

restricciones al dominio establecidas en razón de interés público, en la Provincia de La Pampa.

Respecto de la utilización de las aguas, se determina un uso común, cuando el agua se destine a satisfacer necesidades domésticas del usuario y de abreviar el ganado, estableciendo que toda persona tiene derecho al uso común, siempre que tenga libre acceso a ella y no excluya a otro del ejercicio del mismo derecho. Siempre el uso común tendrá prioridad sobre los usos especiales.

La otra categoría que fija el Código de Aguas es el de usos especiales de las aguas que pertenecen al dominio público, y que se encuentran condicionados a la disponibilidad del recurso y a las necesidades de interés público, todo ello sujeto a los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Asimismo dentro de esa categoría establece un orden de prioridad para destinar el agua:

1) Uso para consumo humano y doméstico, abastecimiento de poblaciones y municipal.

2) Uso pecuario y de granja.

3) Uso agrícola y para regadíos.

4) Uso energético.

5) Uso industrial.

6) Uso medicinal.

7) Uso acuícola.

8) Uso recreativo.

9) Uso minero.

Por último, los modos que determina el Código Pampeano para adquirir los usos especiales son el Permiso y la Concesión.

El artículo 71 establece que el permiso de uso es el acto administrativo por el cual la autoridad le otorga a una persona determinada un derecho precario para efectuar un uso especial de aguas públicas o para efectuar explotación de elementos que se relacionen con dichas aguas. Sólo crea un interés legítimo en favor de su titular, y en caso de que el permiso no exprese su duración, podrá ser revocado sin causa y sin indemnización.

La Concesión, que está legislada en el artículo 76 es el acto administrativo por medio del cual el Estado otorga un derecho subjetivo al uso especial de aguas, obras, materiales en suspensión, márgenes, cauces, lechos públicos. Sólo puede ser otorgada a solicitud de parte interesada por resolución fundada.

Para finalizar, reflexionemos que el agua es un recurso vital para el desarrollo socio económico, para el bienestar de la población y para la existencia de la vida misma. Es esencial tanto para las actividades industriales como para la agricultura. A medida que se logran más avances tecnológicos, en considerables regiones del mundo la demanda de agua potable es cada vez mayor, generando en consecuencia, la escasez del agua disponible. Constituye un recurso natural estratégico, de fundamental importancia para la existencia humana en el planeta, también para el resto de las especies animales y vegetales. No es solo una mercancía: el acceso al agua es un derecho humano, del cual nadie puede ni debe ser privado.

5. Referencias bibliográficas

Bidart Campos, Germán (2004). *Compendio de Derecho Constitucional*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Ediar.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2002/11. 20 de enero de 2003.

- Corna Pablo M. y Amestoy Paola K. (2012). *El agua: Régimen Jurídico para decisiones económicas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial: EDICON, Fondo Editorial Consejo.
- Rebasa, Marcos y Carbajales, Juan José (2011). *Los recursos naturales en la Reforma del '94: aportes para una interpretación constitucional*. Editorial La Ley.
- Rosatti Horacio D. (2007). *Derecho Ambiental Constitucional*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.

INSTITUCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO



HABÍA UNA VEZ... UNA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Abog. Natalia Leonor Monge

1. Presentación

El modo de comprender la niñez varía considerablemente en las distintas partes del mundo. No hay un consenso universal respecto de lo que los niños necesitan para optimizar su desarrollo, los ambientes que mejor satisfacen esas necesidades o qué tipo y nivel de protección son adecuados para ellos en cada edad específica.

En efecto, no existe consenso en cuanto a la naturaleza misma de la infancia, en cuanto al momento en que los niños se vuelven adultos o en cuanto a los objetivos a los cuales las familias aspiran para sus hijos. Sin embargo, en medio de esta gran diversidad, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Naciones Unidas en 1989, actualmente ratificada por casi todos los países del mundo, acepta que los niños y niñas tienen derechos como todos los seres humanos y además establece una serie de principios universales y un marco normativo que valen para todos ellos.

A partir de entonces, muchos intelectuales comenzaron a concebir este instrumento como una vía emancipadora de la niñez y a luchar por la adecuación de las normativas internas del país a los parámetros de la Convención, como una herramienta que permita derrotar, cultural, intelectual y materialmente, el denominado “paradigma de patronato” (Barna, 2012:1).

El presente trabajo tiene por objeto abordar el estudio de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, no solo como un reconocido instrumento internacional con jerarquía constitucional adoptada por el ordenamiento jurídico argentino, sino también desde un punto de vista teórico-histórico, para poder reflexionar las debilidades y fortalezas de este Acuerdo a la luz de las necesidades de la niñez históricamente.

2. Antecedentes históricos: desde la Declaración de Moscú de 1917 hasta la Convención de 1989

La Convención Internacional de los Derechos del Niño refleja la culminación de un proceso constitutivo en la protección de la niñez, iniciado con el desarrollo de la 1º Guerra Mundial (1914-1918) en la Europa Occidental.

Las consecuencias de este hecho desalentador, obligó a que muchos países adopten nuevas normativas para la época, inspirándose en la idea de tutela infantil.

Todo comienza a principio del siglo XX, específicamente en 1917 con la Declaración de Moscú, en oposición a los valores predominantes que se focalizaban en la protección de la niñez. Esta Declaración se inspira en la idea de que, lo que hay que hacer es fortalecer la posición de los niños y niñas en la sociedad, lograr condiciones de igualdad de derechos con los adultos y estimular un desenvolvimiento libre de las necesidades, fuerzas, capacidades y habilidades de los niños (Liebel, 2009:30).

La Declaración postulaba cinco principios rectores que van a constituir uno de los antecedentes más importantes del año 1989: 1) el niño debe recibir los medios requeridos para su normal desarrollo material y espiritual; 2) el niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser curado, el niño maltratado debe ser protegido, el niño explotado debe ser socorrido, el niño huérfano y abandonado debe ser acogido; 3) el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad; 4) el niño debe ser

puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación; 5) el niño debe ser llevado a concientizarse de ser devoto al servicio del prójimo. Algunos de ellos enfatizan el derecho del niño a elegir educadores y llegan al punto de separarse de sus padres si así lo quisiese; el derecho a organizarse con quien le plazca y de participar en todas las decisiones políticas que le conciernan; el derecho a participar en el trabajo necesario para la sociedad en condiciones dignas, es decir, a no ser explotado; el derecho a una educación y formación acorde a su individualidad y a abandonar la escuela y la educación formal si así lo quisiese; y la imposibilidad de privar a los niños de su libertad y de someterlos a castigos.

Sin duda, esta Declaración resultó novedosa ocasionando un alboroto significativo, sin embargo, no logró las condiciones necesarias para que se imponga legalmente (Barna, 2012).

Con el devenir de los acontecimientos históricos costeados por el período de post guerra y la evolución política, social y cultural de la sociedad, en 1924 se ratificó, en Ginebra (Suiza), en el Seno de la Asamblea Internacional de la Liga de las Naciones (antecedente primario de lo que posteriormente sería la Organización de Naciones Unidas), la Declaración sobre los Derechos del Niño, también llamada “Declaración de Ginebra”, acontecimiento fundamental para lo que más tarde constituiría el broche de oro a un proceso de consolidación, es decir, sentar las bases para la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) y el paradigma dominante en la intervención sobre la niñez de nuestros días (Barna, 2012:4).

Ampliando y duplicando la cantidad de principios enunciados, la Asamblea General destaca que la Declaración de Derechos del Niño, se proclama a fin de que este pueda tener una infancia feliz y gozar de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta a los padres, a los hombres y mujeres, a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales, a que reconozcan esos derechos y que luchen para su

observancia con medidas legislativas y de otra índole, adoptadas en conformidad con los siguientes principios: 1) el niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia; 2) el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. En este sentido, al sancionar estas leyes, la consideración fundamental será atender el interés superior del niño; 3) el niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad; 4) el niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados; 5) el niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social debe recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especiales que requiere su caso particular; 6) el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole; 7) el niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales; 8) el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro; 9) el niño debe ser

protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación. No será objeto de ningún tipo de trata y 10) el niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole. Debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

A lo largo de cinco capítulos la Declaración consagra derechos específicos a los niños y responsabilidad a los adultos. Se constituye como el primer instrumento en reconocer responsabilidad de tipo internacional.

Con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, se funda en 1945 la Organización de las Naciones Unidas, mediante la Carta de San Francisco (Diez de Velasco, 2007). Después de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, la mejora en el ámbito de los derechos reveló ciertas deficiencias en la Declaración de Ginebra, propiciando su modificación. Fue entonces cuando se optó por elaborar una segunda Declaración de los Derechos del Niño que expresa nuevamente la noción de que la humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle u ofrecerle.

El 20 de noviembre de 1959, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño de manera unánime por los 78 Estados miembros de la ONU. Esta fue adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 1386 (XIV). El contenido de ella destaca que “El niño es reconocido universalmente como un ser humano que debe ser capaz de desarrollarse física, mental, social, moral y espiritualmente con libertad y dignidad”. Sin embargo, ni la Declaración de Ginebra de 1924, ni la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, definen qué periodo comprende la infancia, es decir, la edad de cuándo empieza y termina la infancia.

El Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, resalta la idea de que los niños necesitan protección y cuidado especial, “incluyendo una protección legal adecuada, antes del nacimiento y después del

nacimiento”; establece diez principios entre los que podemos destacar: el derecho a la igualdad; el derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño; el derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento; el derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados; el derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física; el derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad; el derecho a actividades recreativas; el derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia; el derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación y el derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Esta resulta ser la situación internacional del momento, es decir, el campo jurídico se encuentra regulado por distintas declaraciones que permiten poner de resalto el interés superior del niño como un atributo fundamental, mecanismos de protección, de tutela, consagración de responsabilidades paternas y de parte de los Estados y un cúmulo de derechos que no pueden pasar desapercibidos. Pero fue solo en 1989 cuando las normas sobre los niños se agruparon en un único instrumento jurídico, aprobado por la comunidad internacional, donde se describieron de forma inequívoca los derechos que corresponden a todos los niños y las niñas, independientemente de su lugar de nacimiento o de sus progenitores, de su género, religión u origen social. Este régimen de derechos estipulados en la Convención son los derechos de todos los niños del mundo. En numerosos países, las vidas de los niños están amenazadas por los conflictos armados, el trabajo infantil, la explotación sexual y otras violaciones a los derechos humanos. En otros lugares, por ejemplo, los niños que viven en las zonas rurales pueden tener menos oportunidades de obtener una educación de buena calidad o de acceder a los servicios de salud que los niños de las ciudades. La Convención afirma que tales disparidades —en el marco de las sociedades— son también una violación de los derechos humanos. Al

exhortar a los gobiernos a que garanticen los derechos humanos de todos los niños, la Convención procura solventar este tipo de desigualdades.

3. Significado, alcance y contenido de la Convención

Hablar de la Convención sobre los Derechos del Niño es hablar de un instrumento jurídico internacional extraordinario. Adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, a principios de 2012 la Convención ha alcanzado casi su ratificación universal. Argentina ratificó la Convención mediante ley n° 23.849 el 27 de septiembre de 1990.

El reconocimiento casi universal de la Convención tuvo un significado revolucionario respecto a la consideración jurídica del niño (García Mendes, 2009). Representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a fines del siglo XX: el niño deja de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos. La Convención no proclama derechos nuevos, los niños tienen los mismos derechos que las demás personas pero la perspectiva está enfocada en las obligaciones que tiene Estado de garantizar su ejercicio y respeto. Como eje central va a incluir dos principios quizá “revolucionarios” en relación con la etapa anterior: el principio del “interés superior del niño” (antes solo surgía como objetivo universal emanado de las Declaraciones Internacionales) y el principio que impone la obligación de “escuchar al niño en todas las decisiones que le afecten”. Ambos principios, contenidos en los artículos 3 y 12 de la Convención, deben ser leídos conjuntamente y están en la base del nuevo estatuto del niño como “sujeto de derecho”.

En su artículo 1º, la Convención, define al niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. A pesar del último inciso, debe considerarse en todo caso que la misma es aplicable

respecto de toda persona, desde su nacimiento hasta los 18 años. Respecto de su ámbito de aplicación espacial, las obligaciones del Estado contenidas en la Convención no se ciñen exclusivamente al territorio del Estado, sino a toda actividad fuera de su territorio que se encuentre bajo su jurisdicción, pues si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional.

Los principios generales que inspiran la Convención, son cuatro. Los dos primeros han sido ya citados: el principio del interés superior del niño (artículo 3.1) y el principio del respeto a las opiniones del niño o de participación (artículo 12). A ellos dos deben añadirse el principio de no discriminación (artículo 2) y el principio del respeto a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6). Se trata de derechos autónomos, de forma que la falta de cumplimiento en un caso concreto es una violación de los derechos del niño en sí mismo, sin necesidad de su vinculación con un derecho concreto de la Convención (Diez de Velasco, 2007). Junto a los principios generales, otro grupo de normas son las referentes a las medidas generales de aplicación que deben adoptar los Estados en relación con el Tratado. Se trata de medidas generales que deben tomar en todo caso, sólo por haber ratificado la Convención. El Comité de los Derechos del Niño aprobó en 2003 la Observación General N° 5, dedicada en exclusiva a dichas medidas, a modo de resumen podemos destacar que todo Estado está obligado a realizar: 1) Proceso de reforma de la ley: que consiste en la obligación de reformar su legislación de forma que se acomode a las obligaciones derivadas de la Convención. Es decir, no basta con ratificar la Convención y decir que en el ordenamiento jurídico interno los tratados tienen una jerarquía superior a la ley. La seguridad jurídica exige que se produzcan todas las reformas legislativas necesarias para que el derecho interno sea conforme con las obligaciones derivadas de la Convención. 2) Desarrollo de instituciones de derechos humanos independientes para los niños: Instituciones independientes que deben cumplir los principios sobre independencia de las instituciones de derechos humanos y que pueden consistir en instituciones específicas para los niños o instituciones

nacionales de derechos humanos, entre otras; 3) Posibilidad de invocar los derechos de los niños ante los tribunales: En el caso de que el ordenamiento jurídico no prevea la aplicación directa de los tratados en el ordenamiento interno, el Estado deberá adoptar medidas al ratificar la Convención; 4) Desarrollo de estrategias o agendas amplias para los niños: Los Estados deben establecer políticas específicas que impliquen una estrategia o que contemple el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención de una forma integral y no sectorial. La elaboración de Planes Estratégicos de Infancia suele ser el instrumento principalmente utilizado; 5) Desarrollo de mecanismos permanentes de coordinación gubernamental: El Estado debe coordinar la acción de todos los organismos encargados de aplicar las obligaciones derivadas de la Convención. Coordinación que debe ser horizontal (entre los diversos ministerios y departamentos implicados a nivel estatal) y vertical (entre los diversos niveles de responsabilidad: nacional, regional y local) y debe ser llevada a cabo por mecanismos creados con carácter permanente cuyo objetivo sea la coordinación de las políticas de infancia.

Todas estas medidas deben tener por finalidad garantizar el ejercicio de los derechos a que se refiere la Convención, es decir, derechos referentes a los recursos, capacidades y contribuciones necesarias para la supervivencia y pleno desarrollo del niño, entre los que están incluidos los derechos a una alimentación y alojamiento adecuados, al agua potable, a atención sanitaria básica (Artículo 24), a una formación académica (Artículos 28 y 29), al esparcimiento, al recreo y a actividades culturales (Artículo 31), Derechos relativos a la participación de los niños y niñas a fin de que puedan expresar libremente sus opiniones y manifestar su punto de vista en relación con cuestiones que afecten a su vida social, económica, religiosa, cultural y política, como son el derecho a expresar opiniones y a ser escuchado (Artículo 12), el derecho a la información (Artículo 13) y la libertad de asociación (Artículo 15); la protección contra toda clase de violencia (Artículo 19); de la adopción (Artículo 21); del trabajo infantil (Artículo 32); del consumo de drogas (Artículo 33); de la explotación sexual

(Artículo 34); del secuestro, venta y trata (Artículo 35); u otras formas de explotación (Artículo 36); o de la detención y castigo (Artículo 37). En otro grupo se encuadran las obligaciones respecto de niños que se encuentran en situación de doble (o triple o superior) vulnerabilidad a fin de reducir las mayores barreras para el ejercicio de sus derechos. Es el caso de los niños privados de su ambiente familiar (Artículo 20); de los niños refugiados (Artículo 22); de los niños con discapacidad (Artículo 23); de los niños al cuidado de instituciones públicas (Artículo 25); de los niños de minorías o grupos indígenas (Artículo 30); de los niños que se encuentran en conflictos armados (Artículo 38); de los niños víctima de abandono, abusos o explotación (Artículo 39); o de los niños en conflicto con la ley (Artículo 40). En todos estos supuestos, el Estado asume obligaciones específicas a fin de proteger el respeto de sus derechos (Don Nelly, 1994).

4. Vinculación de la temática a la luz de diferentes textos

En este punto, quiero abordar el tratamiento del tópico elegido y sus relaciones con las nociones, ideas y conceptos expresados en los textos de Philippe Ariés, Sandra Carli y María Victoria Alzate Piedrahita.

Como habíamos señalado en un principio, el modo de comprender la niñez varía, ya que no existe conformidad en cuanto a la naturaleza misma de la infancia, pero sí podemos advertir, tal como lo hace María Victoria Alzate Piedrahita (2001) que las concepciones de la infancia han cambiado a lo largo de los siglos. Citando a Phillipe Ariés (1987), quizá los cambios históricos dejan al descubierto que las concepciones de la infancia no han sido estables sino, más bien, variables de acuerdo a cada época. A continuación abordaré someramente la evolución de las concepciones de la infancia, comenzando con una etapa donde el niño no salía de una especie de anonimato, para terminar en la importancia de su figura hoy día desde un punto de vista convencional.

La primera se refiere a la antigua sociedad tradicional. Dicha sociedad no podía representarse bien al niño y menos al adolescente. La duración de la infancia se reducía al período de su mayor fragilidad, la transmisión de valores y conocimientos y la socialización del niño, no estaba garantizada ni controlada por la familia. Al niño se lo separaba enseguida de sus padres, y la educación, fue obra del aprendizaje, gracias a la convivencia del niño o del joven con los adultos, con quienes aprendía lo necesario. La presencia del niño en la familia y en la sociedad era tan breve que no había tiempo para compartir sentimientos, incluso, existía un sentimiento superficial del niño al que Ariés denomina “mimoseo” que estaba reservado a los primeros años cuando el niño era asimilado a una cosita graciosa.

Pero a fines del siglo XVII se produjo una transformación. La escuela sustituyó el aprendizaje como medio de educación, cesó la cohabitación del niño con los adultos y el aprendizaje de vida por contacto directo con ellos. Se dio inicio a un largo periodo de reclusión de los niños que no dejará de progresar hasta nuestros días y que se llama escolarización; a punto tal que desde el punto de vista normativo la Convención de los Derechos del Niño consagra el derecho a la educación sin distinción. La familia se ha convertido en un lugar de afecto, lo que antes no era. La Convención de 1989 en su preámbulo declara el convencimiento de la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debiendo recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad. También reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

A partir de entonces, la familia comenzó a organizarse en torno al niño quien sale de la figura del anonimato y adquiere visibilidad como señala Carli (2006). Sin embargo, plantea Ariés (1987), la consecuencia de ello es la polarización de la vida social del siglo XIX, en torno a la familia, la profesión y la desaparición. La familia moderna no solo sacó de la vida

común a los niños, sino que suprimió gran parte de la dedicación y de las preocupaciones de los adultos.

Para finalizar, debemos pensar que la categoría de infancia es una representación colectiva producto de las formas de cooperación donde los nuevos avances jurídicos la consideran sujeto de derecho y objeto de políticas o programas sociales que tratan de repercutir en las circunstancias de vida de la población infantil.

5. Conclusión

En las páginas precedentes se intentó demostrar los importantes cambios que acarreo la Convención sobre los Derechos del Niño. Estamos ante un texto revolucionario que ha conseguido su ratificación casi universal, pero que todavía está lejos de conseguir un cumplimiento universal. Sin duda, para conseguir ese cumplimiento es fundamental el sistema de control general del cumplimiento del Estado a través del sistema de informes periódicos presentados ante el Comité, y de control particular a través del análisis de las comunicaciones individuales presentadas ante el Comité de los Derechos del Niño por violación de sus disposiciones o a través de la realización de investigaciones por violaciones graves o sistemáticas.

Este es el gran reto que se nos presenta: garantizar las normas. Para ello es preciso introducir mejoras, reforzar el sistema y mejorar los procedimientos de trabajo. El debate está abierto, esperemos que sea el interés superior de más de 2.500 millones de niños el que oriente la posición de los Estados.

6. Bibliografía consultada

Alzate Piedrahita, María Victoria (2001). "Concepciones e imágenes de la infancia". Revista de Ciencias Humanas. N° 28.

- Ariés, Phillipe (1987). El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen. Madrid: Taurus.
- Barna, Agustín (2012). “Convención Internacional de los Derechos del Niño. Hacia un abordaje desacralizador”. San Luis. Kairos. Revista de Tema Sociales.
- Barna, Agustín (2013). “Los derechos del niño: Un campo en disputa”. Boletín de Antropología y Educación. Buenos Aires, pp.21-25.
- Carli, Sandra (2006). La cuestión de la Infancia: entre la escuela, la calle y el shopping. Buenos Aires: Ed. Paidós.
- Díez de Velasco, M. (2007). Instituciones de Derecho Internacional Público. 16ª edición. Ed. Tecnos.
- Don Nelly, J. (1994). Derechos Humanos Universales. En teoría y en la práctica. México. Ed. Gernika.
- García Mendes, E. (1998). Infancia de los Derechos y la Justicia. Ed. Del Puerto.
- García Mendes, E. (2009). La Protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Ed. del Puerto.
- Liebel, M. (1997). A better World for children: Explorations in morality and authority. London: Routledge.
- Tara Collins, Rachel Grondin, Verónica Piñero, Marie Pratte, Marie Claude Roberge (2010). Derechos del Niño. Buenos Aires. Ed. Eudeba.
- Weinberg, Inés M. (2002). Convención sobre los Derechos del Niño. Ed. Rubinzal Culzoni.

INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO



LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA ANTE UN NUEVO CONCEPTO DE FAMILIA EN ARGENTINA

Escr. Diego J. Mayordomo

Abog. Pamela L. de la Iglesia

1. Introducción

El instituto del bien de familia fue siempre objeto de grandes debates doctrinarios, los que, a nuestro entender, aún no terminaron. Actualmente dicho instituto se encuentra nuevamente en el centro del debate debido a las reformas recientes operadas en la legislación Argentina y a un nuevo concepto de familia que es la institución sobre la cual se asienta el bien de familia. Pero antes de avocarnos al estudio de los cambios de conceptualización que experimentó la familia, y a los cambios de interpretación que giraron en torno al bien de familia a causa de las modificaciones sociales que atravesaron transversalmente aquél concepto, e implicaron un cambio de paradigma, es necesario definir, que se entiende por bien de familia, sin perjuicio de que el nuevo Código Civil y Comercial Unificado nos hable de la protección de la vivienda. El campo de aplicación de este último es más amplio debido a que se extiende a supuestos no previstos expresamente por la ley vigente. No obstante, algunos de ellos ya fueron motivo de desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

La doctrina y jurisprudencia es conteste en afirmar que el bien de familia es una institución del derecho de familia que junto a otras

instituciones del derecho privado¹, tiene un fin tuitivo del patrimonio familiar. Se trata de un instituto que halla su fundamento en el artículo 14 bis in fine de nuestra Constitución Nacional y a partir de la reforma introducida en el año 1994, que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico numerosos Tratados Internacionales de Derecho Humanos con jerarquía constitucional, en el artículo 75 inc. 22.

En lo que hace a nuestro derecho de fuente interna su regulación está contemplada en la Ley Ómnibus n° 14.394, sancionada el 14 de diciembre de 1954, en sus artículos 34 a 50 y en diversas leyes provinciales.

Mariani de Vidal afirma que la finalidad del instituto “es la protección de la familia y su objetivo es doble: económico, tendiente a la conservación de una parte del patrimonio dentro del núcleo familiar y social, en cuanto propende al mantenimiento de la familia bajo un mismo techo” (2004). Estos fines deben ser tenidos en cuenta al momento de interpretar las respectivas normas.

La ley n° 14.394 en su artículo 34 dispone que podrá ser afectado a bien de familia un inmueble urbano o rural cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de la familia, según normas que se establecerán reglamentariamente².

La afectación debe ser realizada por el titular dominial. Tratándose de condóminos la gestión deberá ser hecha, según el artículo 43 de la ley, por todos los copropietarios, justificando que existe entre ellos el parentesco requerido por el artículo 36 para la designación de los beneficiarios.

Los beneficiarios son designados por el propietario en el acto constitutivo ya sea por medio de un acto notarial, escritura pública, un acto administrativo, acta constitutiva en el Registro de la Propiedad Inmueble o por un acto de última voluntad, testamento. La ley n° 14.394 en su artículo

¹ Por ejemplo: artículo 1277 C.Civ., artículos 51 a 55 ley 14.394, artículo 3573 bis C.Civ.

² Existe una tendencia a eliminar, reglamentariamente, los valores máximos para los supuestos en que el inmueble es destinado a vivienda o a vivienda y explotación en forma simultánea, en virtud del principio de igualdad.

43 exige que el propietario acredite además de ser el titular del inmueble, el vínculo de parentesco existente con los beneficiarios.

Según las previsiones del artículo 36 de la citada ley la familia está compuesta por: el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente. La convivencia es un presupuesto necesario para designar como beneficiarios a los parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguineidad inclusive.

Es importante destacar que la nómina de beneficiarios es susceptible de modificarse, ello ocurrirá cuando, por ejemplo, posteriormente a la afectación naciere algún otro hijo del constituyente y se desee incluirlo como beneficiario o cuando producida la disolución y liquidación de la sociedad conyugal a causa del divorcio de los cónyuges opere lo que se conoce como desafectación parcial subjetiva y que más adelante explicaremos.

El inmueble afectado puede estar destinado a la habitación del dueño y/o de su familia, a su explotación económica o ambos fines en forma simultánea.

El bien de familia surte efectos conforme lo dispuesto en el artículo 35, desde su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble perteneciente a la jurisdicción en donde se halle situado el inmueble. La mayoría de la doctrina, comparte esta postura basada en una interpretación literal de la ley. Se trataría de una excepción a la regla general del artículo 2 de la ley n° 17.801 de donde surge que la inscripción es solo a los efectos de la oponibilidad frente a terceros interesados.

Uno de los principales efectos de la afectación respecto del constituyente es la relativa indisponibilidad. Una vez afectado el inmueble a bien de familia el mismo pasa a estar fuera del comercio, por lo cual no podrá ser objeto de legados o mejoras testamentarias y para poder realizar actos de disposición va a ser necesario contar con la conformidad del cónyuge (Arts. 37 y 49 inc. a de la ley n° 14.394). Ello no se interpone con la

necesidad de requerir el asentimiento conyugal previsto en el artículo 1277 del Código de Vélez.

Al mismo tiempo dicho inmueble solo podrá ser ejecutado por deudas anteriores a su constitución, o por deudas posteriores detalladas taxativamente por la ley, para lo cual es determinante estar al hecho generador de la obligación y no al momento en que se producen sus efectos.

El inmueble pasa a estar sujeto a un régimen de relativa inembargabilidad e inejecutabilidad respecto de los acreedores y va a ser oponible por todos aquellos que sean designados como beneficiarios. Si bien el Registro de la Propiedad Inmueble va a tomar razón de los embargos que afecten el inmueble, hasta tanto el inmueble no se desafecte por algunas de las causales previstas, taxativamente, por la ley en su artículo 49 el mismo no va a poder ser ejecutado.

2. La familia como eje

¿Cómo debe interpretarse el concepto de familia que nos brinda la ley? ¿Es posible hacer extensiva su aplicación a supuestos no previstos expresamente? La jurisprudencia contribuyó a responder a estos interrogantes de manera afirmativa. Paralelamente es necesario mencionar la influencia del proceso de constitucionalización que atraviesa el derecho privado desde hace ya algunos años y que es receptado por el Nuevo Código Civil y Comercial Unificado de La Nación sancionado recientemente. Aunque también se despertaron opiniones en contra.

La familia que surge del matrimonio legalmente contraído entre hombre y mujer y sus descendientes o el resto de los parientes que menciona la norma ya sea que se trate de parientes por consanguineidad o afinidad, salvo que se designen como beneficiarios a los parientes colaterales a que se refiere la ley, responde a un concepto ortodoxo de mediados del siglo XX.

Dicho concepto es menos amplio que el que nos brinda, por ejemplo, el Código de Vélez para el derecho real de uso en su artículo 2.953:

La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos.

Pero el concepto de familia, como ya mencionamos, experimento cambios que afectan directamente a éste instituto.

Como un ejemplo de los cambios que experimentó el concepto de familia podemos citar el que se produjo a raíz de la ley de matrimonio igualitario. Si bien la ley n° 14.394 se refiere a los cónyuges, al momento de su sanción en el imaginario social se concebía el matrimonio entre personas de distinto sexo. Con la ley n° 26.618, sancionada el 15 de julio de 2010, muchas disposiciones del ordenamiento jurídico debieron readecuarse para concordar con la realidad social.

Para el caso en particular el texto de la ley no se modificó pero sí se hizo extensiva su aplicación a un supuesto fáctico distinto para el cual fue ideada.

Otro de los cuestionamientos que empezó a presentarse con mayor fuerza, fue que sucedía en el caso de concubinos que eran condóminos y tenían hijos en común. En el fallo Marchetti³ la Cámara Nacional Civil resolvió a favor de los actores que ante la desestimación de la rogatoria presentada en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para afectar a bien de familia un inmueble del cual eran cotitulares y donde designaban como beneficiaria a su hija, menor de edad, recurrieron a la instancia judicial.

El principal argumento del fallo gira en torno al principio constitucional de protección de la familia. Para rechazar la solicitud el Registro de la Propiedad se centró en lo dispuesto en el artículo 43 in fine de la ley el cual exige que, tratándose de condóminos que deciden afectar el

³ CN.Civ., “Marchetti Máximo Victorio c/ registro de la propiedad inmueble s/ recurso”, 2010.

inmueble a bien de familia deben justificar que existe entre ellos el parentesco previsto en el artículo 36, dicho artículo no hace referencia a concubinos sino solamente a cónyuges. Pero la Cámara dispuso que el artículo 43 debe interpretarse a la luz de los vínculos familiares requeridos por la ley para la designación de beneficiarios es decir, el requisito de parentesco a que se refiere la ley debe darse entre el constituyente y el beneficiario. Y entre los constituyentes y la menor existe un vínculo paterno-filial.

Esta interpretación amplia concuerda con los fines tenidos en miras por la ley y se funda en la equidad. A su vez el fallo hace principal hincapié en el principio de no discriminación reconocido por la Convención de los Derechos del Niño pero además nos parece importante resaltar que dicha Convención en su artículo tercero, tutela el interés superior del niño:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Al mismo tiempo este principio es receptado por la ley n° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Lo contrario sería negarle su derecho a ser designado beneficiario.

Guastavino nos dice: “así como el concubinato por sí mismo es insuficiente para permitir la constitución del bien de familia, es también por sí mismo indiferente para impedir su creación cuando existen otros vínculos que lo justifican” (CN.Civ. en “Q., A. y ot. s/ recurso registral”, 1997).

La situación de los hijos en este caso no difiere de la de los hijos extramatrimoniales que son designados beneficiarios por uno de sus progenitores, único titular del bien, pero que vive en concubinato.

En síntesis, estamos en condiciones de afirmar que, según la doctrina que surge del fallo, tratándose de concubinos que son condóminos

de un inmueble pueden afectarlo a bien de familia siempre y cuando designen como beneficiario al hijo.

Hasta aquí analizamos que sucede en el caso de concubinos con hijos que son condóminos de un inmueble. Pero aquellos concubinos que son condóminos y no tienen hijos ¿pueden acogerse en el derecho vigente a los beneficios de éste régimen? Recientemente un fallo de la Cámara Nacional Civil⁴ empezó a abrir camino en este sentido. Estas uniones convivenciales como las denomina el nuevo Código, se fundan al decir de Caparelli en el principio de autonomía de la voluntad y en el derecho a casarse o no (2014).

Estamos ante lo que el decisorio denomina como familia convencional o de hecho.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal denegó el beneficio solicitado por los concubinos que eran condóminos con fundamento en que el requisito de parentesco solo puede ceder cuando el beneficiario es un hijo

Los recurrentes cuestionaron la diferencia que, de esta manera, se hacía no solo con la familia que surge del matrimonio legalmente contraído sino además entre la familia formada por concubinos con hijos y sin hijos pese al tiempo que hacía que se hallaban unidos en aparente estado de matrimonio.

Lo cierto es que desde el punto de vista jurídico la situación no es la misma que la de quienes se unen en matrimonio, por eso dudosamente pueda hablarse de que se viola el principio constitucional de igualdad. Distinto es decir que es necesario que el derecho cambie al tiempo que lo hace la sociedad.

Los argumentos del fallo que van a dejar sin efecto, la decisión administrativa son la necesidad de dar protección a la vivienda y,

⁴ CN.Civ., “C., J. c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ recurso directo a Cámara”, 2014.

principalmente, a la familia independientemente del tipo de familia de que se trate. También se hace mención a las disposiciones del nuevo Código.

El nuevo Código, ley n° 26.994, en su libro segundo, título tercero capítulo uno da rango legal a las uniones convivenciales. En los fundamentos se habla del principio de democratización de la familia aparecen nuevas formas de familia que necesitan ser tuteladas jurídicamente lo contrario sería cerrar los ojos a una realidad inminente.

El régimen proyectado reconoce diversas formas de organización de la familia que ya habían sido aceptadas en nuestro derecho, con la reforma constitucional de 1994.

Como, textualmente, dicen los fundamentos “el Estado no puede desconocer el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad...”, etc. Al mismo tiempo el derecho al acceso a la vivienda se erige en un derecho humano fundamental de ahí la necesidad de su tutela.

La protección de la vivienda ampara no solo a las familias matrimoniales sino también a las familias convivenciales. Una interpretación armónica de las disposiciones del Código Civil y Comercial Unificado nos obliga a remitirnos al artículo 509 que nos define cuando estamos ante una unión convivencial:

Uniones convivenciales. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

Siguiendo con su análisis el artículo 522 in fine dispone: “La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”. Esta disposición llevó a que nos preguntáramos ¿si existe una superposición de

regímenes con el bien de familia? Para responder a esta pregunta consultamos vía mail a la doctora Aida Kemelmajer de Carlucci la cual nos respondió:

Ahora el bien de familia está regulado en los arts. 244 y ss. como régimen de afectación de la vivienda. El art. 522 regula otro aspecto; otro tipo de protección para el inmueble que justamente no se ha afectado. Es la misma norma que para el matrimonio (art. 456 último párrafo) y ha sido tomada del código civil francés. O sea, el acreedor de cualquiera de los cónyuges puede embargar los bienes que están inscriptos a nombre de su deudor, pero si es la vivienda y la quiere ejecutar, entonces necesita que ambos se hayan constituido en deudores o que el cónyuge no titular haya asentido a la configuración de esa deuda. Si el inmueble está afectado, si ambos han prestado el consentimiento, puede embargarla si el crédito es anterior a la afectación.

3. Respuestas ante complejidades que nos presenta la existencia de la familia moderna

El instituto del bien de familia regulado en los artículos 34 a 50 de la ley n° 14.394, ha generado a lo largo de la aplicación de esta ley determinadas situaciones las cuales no son resueltas por la ley y se han tenido que resolver doctrinaria y jurisprudencialmente.

Este instituto jurídico, de raigambre constitucional como ya dijimos, es una figura compleja, aunque pareciera un simple instituto al momento de estudiarlo, y da lugar a cientos de supuestos diferentes en la vida práctica del mismo, y a elaborarse otras cientos de soluciones para cada caso en particular.

Esto deriva de que la afectación a bien de familia importa para el inmueble dejar de ser parte de la prenda común de los acreedores posteriores a la afectación, salvo excepciones expresamente enumeradas en

la ley, dejándonos ante la disyuntiva de dos intereses a proteger: por un lado los derechos de los acreedores, y por el otro la vivienda familiar.

Esta figura en análisis nos abre un abanico amplio de casos a analizar, fruto de la vida moderna y el cambio de paradigma con respecto al concepto de familia ocurrido en los últimos cincuenta años en Argentina. Situaciones estas que pueden generar una desigualdad, ante la privación de éste derecho, entendiendo nosotros que esto no ha sido el fin querido por la Ley, pero que el transcurso de los años y los cambios en las relaciones personales, han hecho imprescindible una actualización de la normativa mencionada. Ejemplos de ello son los supuestos de personas solteras sin ascendientes ni descendientes o colaterales, los convivientes con hijos en común o sin ellos, las familias que por las necesidades actuales de trabajo o capacitación necesitan trasladarse de vivienda, etcétera.

Dejamos aclarado que optamos por un criterio de interpretación amplio al momento de analizar los supuestos que a simple vista parecen no encuadrados en la ley, basados en criterio de justicia y equidad, sustentados en el carácter protectorio y tutelar del bien de familia, sentando un criterio de justicia al caso concreto.

No debemos dejar de remarcar que cierto sector de la doctrina se enrola en una interpretación restringida del instituto, basándose en el carácter de excepción del bien de familia y su interpretación restrictiva. Por otro lado es importante tener en cuenta el principio de no discriminación que se aplica para cada uno de los supuestos a analizar en el instituto.

3.1. Diferentes supuestos a analizar

3.1.1. Pluralidad Objetiva

La vida actual ha dado lugar a que las personas ya no solo tuvieran bienes a nombre propio, sino también en condominio con otras personas, ya sean hermanos, padres, tíos, etc. Actualmente según nuestra normativa solo podríamos afectar un inmueble a bien de familia si somos propietarios únicos. Por ende si tenemos dos inmuebles de los que somos propietarios

únicos y ambos afectados deberemos optar por la subsistencia de uno de ellos. Pero se nos plantea el supuesto de ser propietario único de un bien y en condominio de otro inmueble (siendo parientes entre los condóminos según exigencia del artículo 43). En el supuesto planteado se podría afectar dos inmuebles diferentes siempre y cuando se cumplan con los requisitos mencionados:

- Bien inmueble propietario único.

- Bien inmueble propietario en condominio acreditando requisitos del artículo 43 de la ley n° 14.394.

Dentro de la pluralidad objetiva también podemos encuadrar el supuesto de las cocheras de los edificios afectados a Propiedad Horizontal, hoy en día tema recurrente ante el crecimiento de las ciudades.

Tenemos tres formas de encuadrar jurídicamente a las cocheras:

- Unidad Complementaria.
- Unidad Funcional.
- Parte indivisa de una Unidad Funcional.

Ante estas tres posibilidades de la naturaleza jurídica de las cocheras en la actualidad de los edificios, es necesario analizar si las podemos afectar a bien de familia o no dependiendo de la naturaleza jurídica con que se reglamentó esa unidad.

Si es unidad complementaria necesariamente quedara afectada cuando se afecte la unidad funcional principal de la que inseparablemente va unida, y sigue la suerte de la principal.

Si es la cochera una unidad funcional independiente, en principio no se podrá afectar ya que no es el lugar donde habita el propietario o su familia o se explota por cuenta propia. Cabe dejar al margen el supuesto que se explote por cuenta propia una cochera, que sea unidad funcional independiente y que con esto solvente las necesidades básicas de su familia.

Y por último el supuesto de que la cochera sea una parte indivisa de una unidad funcional, en principio parecería que tampoco se podría afectar, teniendo a la vista el artículo 43 de la ley n° 14.394, por lo tanto nos exigiría que todos los condóminos de las cocheras justifiquen los requisitos del artículo 36, o sea el parentesco y por otro lado acreditar también que es a los fines de la explotación y no de la vivienda.

3.1.2. Colaterales

Actualmente la ley n° 14.394 nos habla de colaterales consanguíneos, requisito que excluye a los colaterales afines, por ejemplo los cuñados. No es igual para los ascendientes que no hace la distinción entre consanguíneos y afines, y por ende la doctrina entiende que si se encuentran protegidos los suegros entre los posibles beneficiarios ya que la norma no distingue.

Este requisito de consanguinidad para los colaterales es eliminado en el Código Civil y Comercial aprobado recientemente. Esto implica que dos o más cuñados condóminos a partir de que entre en regir el nuevo código van a poder proteger su vivienda, quienes se veían impedidos hasta el momento ya que solo se prevé los colaterales consanguíneos.

3.1.3. Nudo Propietario y usufructuario

En la actualidad es muy común que los padres donen sus bienes a los hijos reservándose el usufructo, ante estos supuestos nos preguntamos la posibilidad de afectarlo a bien de familia. La respuesta que se llega después del análisis del tema es que, por analogía con el supuesto de condominio, los nudos propietarios y usufructuarios en forma conjunta podrán solicitar la afectación, siendo menester acreditar el parentesco entre ambos que nos exige el artículo 43 de la ley n° 14.394.

3.1.4. Cónyuges divorciados

Un supuesto común en estos días es el de los cónyuges con hijos que tienen sentencia de divorcio pero que aún no han hecho partición de los bienes de la sociedad conyugal, por ende están en una situación de indivisión pos-comunitaria, entendemos que aplicando por analogía la doctrina comentada sobre los condóminos con hijos en común podrían afectar al régimen de bien de familia. Con respecto al supuesto que no tengan hijos en común, estaremos a lo que entienda la doctrina de ahora en más a partir de la jurisprudencia ya mencionada.

3.1.5. Menores

Entendemos que para el supuesto de menores titulares de inmuebles no requieren la autorización judicial para afectar al régimen de bien de familia, ya que inferimos que no queda encuadrado como un acto de disposición de los enunciados en el artículo 264 quater del Código Civil.

3.1.6. Desafectación Parcial Subjetiva.

La desafectación parcial subjetiva es una figura que ha sido creada con la finalidad de paliar situaciones que en la sociedad moderna se ven a diario, donde es común que algún miembro de la familia se aparte o decida formar su familia después de una sentencia de divorcio del matrimonio con el cual tenía un bien afectado al régimen protectorio. Ante estos supuestos no sería necesario en una partición realizar una desafectación para adjudicar y luego volver afectar, ya que lo que se haría sería desplazar de su calidad de beneficiario al conyugue que abandona el hogar y evitar toda posibilidad de ingreso de los acreedores sobre el bien que es la sede de la vivienda o explotación de la familia.

Este supuesto generalmente utilizado para los casos de divorcios, en el cual se da la situación que hay liquidación y partición del patrimonio matrimonial pero subsiste la afectación, impidiendo esto el ingreso de los

acreedores sobre el bien que sigue siendo el hogar o la explotación de la familia y el cual sigue garantizando la subsistencia de la misma.

3.1.7. Desafectación Parcial Objetiva

Este supuesto, a diferencia del anterior, se produce cuando lo que se desafecta es una porción o parte del inmueble previamente afectado. El caso típico es el de la venta de la unidad complementaria cochera, supuesto en el cual se desafecta la unidad complementaria sin desafectar la unidad funcional principal, y por lo tanto sin que los acreedores puedan ir contra la unidad funcional principal.

La desafectación parcial objetiva implica que una parte del bien afectado quede desafectado y se pueda disponer de ella sin necesidad de desafectar la totalidad del inmueble. Otro caso al que se aplica es al de subdivisión de un inmueble, sin necesidad de desafectar la totalidad del inmueble.

3.1.8. Subrogación Real

Sin ahondar en el tema es importante remarcar el supuesto de subrogación real, ante la posibilidad de cambio del hogar conyugal, y ante una familia que hoy por cuestiones laborales, de capacitación, de estudio, o de distanciamiento de las grandes urbes, etcétera, ya no es sedentaria y en la actualidad no vive toda su vida en un mismo inmueble.

Ante esta nueva realidad se nos plantea la necesidad de resolver la situación ante la adquisición de un nuevo inmueble y venta del anterior, ya que es necesario desafectar para vender y luego comprar y afectar. Esto genera que las deudas contraídas con posterioridad a la afectación por cualquier causa podrán ir contra el nuevo inmueble.

Las voces se hacían sentir, y los reclamos de la transmisión de la afectación al nuevo inmueble adquirido fueron solicitados, preocupación esta que fue receptada en el Código Civil y Comercial y que en el artículo 248 nos

dice “La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.”

Sin lugar a dudas recepta la subrogación real, pero aún va más allá y también la protección se extiende a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.

4. Conclusiones

Sin dejar de remarcar que un sin número de supuestos quedan sin analizar, creemos haber abierto el abanico de posibilidades y supuestos que nos puede presentar una figura “simple” como parece ser la afectación a bien de familia.

Los cambios que ha ocasionado la vida moderna en el concepto de familia en el último medio siglo han generado innumerables situaciones que no quedan receptadas en la Ley 14.394, y son resueltos a la luz del principio de Justicia al caso en concreto.

De *lege ferenda* proponemos la modificación de la ley n° 14.394, consideramos positiva la reforma del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y esperamos por una pronta recepción en la ley provincial n° 505 de la doctrina y jurisprudencia atinente.

5. Referencias bibliográficas

Caparelli, Julio César. (2014). “Bien de familia”. *Revista del Notariado*. Buenos Aires.

CN.Civ. “Q., A. y otros. s/ recurso registral”.

CN.Civ., “C., J. c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ recurso directo a Cámara”.

CN.Civ., “Marchetti Máximo Victorio c/ registro de la propiedad inmueble s/ recurso”.

D Alesio, C. M, Acquarone M.T., Benseñor, N. B., Casabe E.;(2011) *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*. 2º reimpr. Buenos Aires: La Ley.

Mariani de Vidal, Marina (2004). *Derechos reales*. 7º ed. Buenos Aires: Zavallía.

GÉNERO E INSTITUCIONES JURÍDICAS



GÉNERO, ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES

Mgr. Daniela Zaikoski

1. Introducción

Argentina incorporó una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos a la Constitución Nacional en el proceso de reforma de 1994 y en consecuencia ha dictado diversas leyes que reglamentan y operativizan lo allí dispuesto.

En gran medida, la unificación de los Códigos Civil y Comercial responde al imperativo de adaptar el derecho interno a los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos¹.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer con rango constitucional y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer son los instrumentos de derechos humanos de las mujeres más importantes aplicables en la región y en el país, y a través de los años han ido fundando y justificando la toma de ciertas medidas especiales (legislativas, administrativas, judiciales o de otro tipo) encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer (art. 4° CEDAW).

¹ En el Mensaje 884/12 de elevación de anteproyecto de unificación de los códigos civil y comercial hay numerosas referencias a la necesidad de compatibilizar la legislación interna a los mandatos que surgen de los instrumentos de derecho internacional de derechos humanos, especialmente los incorporados a la Constitución Nacional; el mensaje resalta que se trata de un código basado en el paradigma no discriminatorio, el reconocimiento expreso de algunos sujetos de derecho, actualizando las consignas de la libertad y la igualdad.

En este trabajo se marcarán algunos avances en materia de igualdad de género como así también algunas de las distancias que aún persisten entre el discurso de los derechos y su efectivo acceso, señalando el impacto diferencial del ejercicio de derechos por parte de las mujeres, los problemas de acceso a la justicia y las discriminaciones que persisten.

En tal sentido, una primera parte se dedica al análisis del discurso jurídico desde la voz crítica de algunos autores/as² y cómo éste funciona como estrategia de creación de género. En la segunda parte se analiza la ley n° 26.485 y se listan algunas de las numerosas leyes que se han dictado en un progresivo proceso de “generización” de la legislación. En la tercera sección, se abordan cuestiones conceptuales del acceso a la justicia, la perspectiva de género y la necesidad de implementar medidas especiales, particularizando muy brevemente en la situación de la provincia de La Pampa. Finalmente se hace una síntesis y algunas propuestas.

2. Primero. El discurso jurídico como estrategia creadora de género

Según Entelman (2006) el discurso jurídico se produce en condiciones especiales de distribución de la palabra. En ese reparto de poder -que implica la posibilidad de invocar los derechos con cierto éxito- se encuentran los jueces, distintos funcionarios y auxiliares de justicia y las víctimas³. Los primeros son los sujetos por excelencia para invocar y decir el

² Por razones de espacio se hace una selección arbitraria del valioso aporte de los autores críticos y de las feministas al discurso jurídico. Para ampliar se puede ver Fóscolo, Norma y Schilardi, María del Carmen (1996): Materialidad y poder del discurso. Decir y hacer jurídicos. Editorial del a Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza, Enrique Marí y otros (2006): Materiales para una teoría crítica del derecho. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Austin, John Langshaw (2008[1971]). Versión española de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi: Palabras y acciones: Cómo hacer cosas con palabras. Barcelona, Paidós.

³ Conforme la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 se entenderá por "víctimas": 1.-...las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2.- Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e

derecho: tienen la *jurisdictio*⁴. Las últimas, normalmente en inferioridad de condiciones respecto de los otros actores también esperan algo del derecho y además son por lo general *legas*.

Las mujeres y los movimientos de mujeres -sobre todo las feministas- han debido decidir sobre si exigirle algo al derecho o descartar su uso; y en ese sentido, la balanza se ha inclinado hacia la primera opción. La estrategia de canalizar las demandas a través del derecho ayuda a explicar cómo se ha ido construyendo el proceso de especificación de los derechos humanos. Los grupos minorizados u oprimidos⁵ han advertido que el derecho de los derechos humanos no los comprende, por eso han desplegado diversas estrategias para lograr su ampliación y especificación⁶.

independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. Y por víctimas de abuso de poder: 18.- Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

⁴ Concretamente son los magistrados quienes distribuyen la posibilidad del habla en las audiencias, proveen o rechazan peticiones escritas u orales de los demás involucrados; ordenan y deniegan la producción de pruebas, disponen la comparecencia de determinadas personas y en última instancia son los encargados en el sistema jurídico de condenar o absolver, de acoger o denegar la pretensiones discutidas en una causa. Como dice Asúa Batarrita (2008:133): Las normas jurídicas cobran vida a través de la recreación que el juzgador hace de ellas delimitando su alcance y contenido. La perspectiva valorativa que adopta el juzgador incide decisivamente en el mensaje que transmite a la sociedad con la aplicación de la ley, a través no solo de las decisiones de condena o absolución, sino a través de las explicaciones que recorren la motivación de tales decisiones.

⁵ Young (1996) señala que un grupo está oprimido cuando: "1) los beneficios derivados de su trabajo o energía van a otras personas sin que éstas les recompensen recíprocamente por ello (explotación); 2) están excluidos de la participación en las principales actividades sociales, lo que en nuestras sociedades significa básicamente un lugar de trabajo (marginación); 3) viven y trabajan bajo la autoridad de otras personas (falta de poder); 4) como grupo están estereotipados y, a la vez, su experiencia y situación resulta invisible en el conjunto de la sociedad, por lo que tienen poca oportunidad y poca audiencia para expresar su experiencia y perspectiva sobre los sucesos sociales (imperialismo cultural) y 5) los miembros del grupo sufren violencia y hostigamiento al azar merced al miedo o al odio al grupo. Para grupos minoritarios según en número, condición social o el poder que tienen, puede verse Gargarella, Roberto (2010): "Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo" Miño y Dávila Editores Buenos Aires.

⁶ Si bien se considera que los DDHH son universales, interdependientes, indivisibles, de aplicación progresiva, exigibles y justiciables, también es cierto que ordinariamente se presentan situaciones donde los DDHH de unos niegan o hacen de muy

Aun cuando algunas corrientes teóricas han desconfiado de las posibilidades del Derecho para cambiar las condiciones estructurales que generan opresión lo cierto es que el Derecho, bajo determinadas condiciones, podría desplegarse estratégicamente como un poderoso discurso emancipatorio (Fernandez, Valle, 2013: 122)⁷

Conforme apunta Entelman, en el discurso jurídico existe y se ponen en juego una serie de rituales: "... se multiplican de tal manera que sólo determinados individuos pueden decir determinadas cosas, y lo hacen, con un grado tal de desarrollo, que establecen visibles jerarquías entre los distintos tipos de expresiones que integran el discurso" (Entelman, 1982:88), tema que sin dudas apunta a cómo las personas acceden a la justicia, tomando este concepto en sentido amplio.

El discurso jurídico remite directamente al poder y bajo el supuesto de la búsqueda de la verdad, pueden aparecer prejuicios acerca de cómo fueron los hechos, qué importancia tienen o qué preconceptos existen acerca de quiénes los cometieron y qué debió haber hecho la víctima. El juez como actor social está influenciado por las mismas representaciones sociales y participa del sentido común como cualesquiera otras personas de la comunidad y de su tiempo, pero debido a su función no puede ser un *fugitivo de la realidad* conforme dijera Morello.

difícil aplicación los DDHH de otros. Una tensión que subsiste está relacionada con la operatividad o no de los derechos económicos, sociales y culturales y el rol que los jueces deben jugar en su defensa. Otra tensión es la pretensión de los grupos minorizados de ser alcanzados por la generalidad de los DDHH o bien por la puja por la especificidad de los mismos. En el caso de las mujeres Fiss (1993:319) lo ilustra muy bien diciendo que: Las mujeres buscan igualdad en todas las esferas de la vida y utilizan una amplia gama de estrategias para alcanzar este objetivo. El feminismo no pertenece exclusivamente al campo del derecho. Sin embargo, el derecho ha figurado de manera prominente en la lucha por la igualdad de las mujeres, tanto como un ámbito a ser reformado, cuanto como instrumento para la reforma.

⁷ "Para los históricamente marginados la concesión de derechos es un símbolo de todos los aspectos de su humanidad que le han sido negados: los derechos implican un respeto que lo ubica a uno en el rango referencial de "yo" y "otros", que lo eleva del status de cuerpo humano al de ser social" Williams, Patricia. "La Dolorosa prisión del Lenguaje de los Derechos". En *La Crítica a los Derechos*. Bogotá: Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores citado en emancipación, igualdad, política, autonomía. Citado en El discurso de los derechos como forma de emancipación política: entre la crítica de Marx y la respuesta de Habermas. Alonso Silva Rojas *et al* disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/difil/v8n11/v8n11a9.pdf> recuperado el 8 de noviembre de 2014.

En esa circulación de la palabra, están las condiciones para producir un tipo de verdad que puede o no satisfacer a las partes, dado que no siempre las soluciones de estilo binario “culpable/inocente” o “condenado/absuelto” que da el derecho son soluciones valederas para los involucrados⁸.

Estas soluciones binarias han sido usadas tradicionalmente para casos interindividuales y de carácter patrimonial en el proceso escriturario⁹ con un juez observador cuya actividad jurisdiccional era excitada por el interés de las partes (principio dispositivo sobre todo en el proceso civil); pero son soluciones claramente insuficientes para casos donde se discuten derechos colectivos, o que afectan a un número indeterminado de personas, en causas donde se requiere una tutela urgente, donde hay sujetos dañados pero se desconoce el dañador, en las situaciones donde hay que prevenir el daño, en las que el juez/a debe tener otro perfil, etc.

Para Entelman, en el discurso jurídico se produce un doble juego de negación u ocultamiento y ostentación. El derecho niega el poder que conllevan las relaciones sociales a que está llamado a solucionar; y a la vez muestra cómo lo institucional y la organización del poder resultan el fundamento de la dominación y la sumisión; al mismo tiempo que el derecho consagra o prohíbe acciones, adjudica o niega derechos; oculta su carácter de práctica social en la que subyacen relaciones de poder.

⁸ En los últimos años se han puesto en marcha en el país y recientemente en la provincia de La Pampa, distintos mecanismos que pretenden superar estas lógicas dicotómicas y dar mayor protagonismo a quienes sufren o están afectados por el problema. Las nuevas lógicas implican un reacomodamiento y redistribución de la palabra. Requieren de nuevos modos de garantizar los derechos, sea a través de nuevos procedimientos, legislación etc. Un aspecto un tanto olvidado y que es recurrentemente rescatado por los estudios de la sociología jurídica, es la formación y socialización de los abogados/as. En ese sentido, por más que cambien los procedimientos y se incorporen nuevos institutos, si nuestras facultades de derecho siguen formando abogados litigantes, poco futuro le quedan a los modos alternativos de resolución de conflictos. Si la educación legal es una educación para la jerarquía, como dice Duncan Kennedy, hay que preguntarse acerca de la contribución que los abogados/as hacemos a la democracia. Para estudios sociojurídicos sobre educación legal puede verse para Argentina Gonzalez, Manuela G. y Lista, Carlos A. (2011): *Sociología Jurídica en Argentina. Tendencias y perspectivas*. Eudeba. Buenos Aires.

⁹ Sobre la capacidad de la escritura para hacer un análisis universalizante y científico del derecho de que carecería el proceso oral, puede verse Bourdieu, Pierre (2000). *Elementos para una sociología del campo científico*. En *La Fuerza del Derecho*. Uniandes Bogotá, pp 206-207.

Otra autora que aborda el problema del discurso jurídico más específicamente la capacidad de instituir al sujeto en un lugar o posición social determinada es Ruiz (2000:21) quien dice:

El derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en cierto momento y lugar.

El derecho no es pura norma sin un discurso performador de sujetos. Desde la teoría crítica se lo define como práctica discursiva social y productora de sentidos diferente a los sentidos construidos por otros discursos¹⁰. El derecho cada vez que consagra alguna acción u omisión está diciendo dónde está el poder, está remitiendo a la violencia. De aquí que resulte importante aproximarse no solo a lo que dicen las normas (primer nivel, según la autora) y en este caso, a las modificaciones operadas en el ordenamiento jurídico para reconocer a las mujeres como sujetos de derechos; sino que además es tan o más importante acercarse a cómo se aplica y se invoca el derecho, cómo se interpreta (segundo nivel) y que funciones cumple, qué encubre y qué imaginario sostiene (tercer nivel).

Ruiz (ob. cit.) agrega que el discurso jurídico a la vez que encubre y desplaza el conflicto social¹¹, otorga seguridad porque se emite en

¹⁰ Otros discursos sumamente poderosos son los discursos religioso, médico y científico. El primero en Argentina ha logrado sobrevivir a la reforma constitucional que dejó intacto el art. 2. Ha tenido manifestaciones exitosas en el campo jurídico al lograr cautelares que paralizaron la venta de medicamentos, o la implementación del protocolo de abortos no punibles en Córdoba. El discurso médico ha obtenido últimamente el reconocimiento -por ejemplo- de las prácticas de fertilización asistida. El científico jerarquiza los conocimientos y delimita qué es lo que se investiga y qué investigaciones se financian y se publican.

¹¹ Un ejemplo de lo que dice esta autora, puede verse en la investigación de Salanueva (tesis doctoral inédita UNLP). Salanueva dice que la judicialización de los conflictos sociales familiares desplazan y asignan el problema a la familia como grupo social particularizando en ella todas las disfunciones, cuando en realidad el problema por los que

condiciones de coherencia y bajo la creencia de la completitud del orden jurídico.

El derecho legitima el poder del Estado y en todos los intersticios de la vida social, a través de la consagración explícita de quienes son sus detentadores reconocidos y también de manera más sutil, cada vez que dice con qué mecanismo es posible producir efectos jurídicos. Sólo algunos, y bajo ciertas condiciones, podrán contratar, reconocer, hijos, contraer matrimonio, acceder al desempeño de ciertos cargos y aun matar y morir legalmente. Cada vez que el derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o prohibida está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad. (Ruiz, 2000:21).

El discurso jurídico oficial al ser producido por órganos específicos (poderes del estado) según condiciones y reglas determinadas, produce una división entre quienes comparten los códigos de producción del discurso y los legos. Esto remite al concepto de campo jurídico en la acepción de Bourdieu. Así los elementos que caracterizan el campo son:

1) ser un espacio limitado, 2) ser un espacio de lucha, 3) ser un espacio definido mediante regularidades de conducta y reglas aceptadas, 4) presentar momentos de crisis coyunturales, donde las reglas que hasta ese momento venían regulando el juego se cuestionan y 5) ser un espacio donde la distribución de fuerzas es desigual (Bourdieu, 2000:62).

En el campo jurídico se produce una cierta verdad, no necesariamente ligada a como pasaron los hechos sino a cómo estos se construyen mediante la aplicación de reglas de atribución de la palabra. No

atraviesan las familias son generalizables a otras. La judicialización cumple la función de ocultar el conflicto social y transformarlo en un caso particular. Lo mismo pasa con otros conflictos sociales, como por ejemplo los desalojos. Los desalojos no son el problema de un inquilino o usurpador, es más bien el problema del acceso al derecho social de la vivienda que garantizado formalmente no se concreta materialmente. Sin embargo y si bien es reciente, el uso del litigio estratégico o de interés público ha dado algunos buenos resultados en el país.

se atribuye el poder de nominación¹² a todos de la misma manera ni a los mismos fines, de allí que en nuestro sistema jurídico el dictado de un acto procesal como es la sentencia quede monopolizado en los jueces. En el sistema jurídico oficial sólo los jueces tienen el derecho a decir el derecho y en consecuencia a hacer uso de la dicotomías fundantes del derecho.

La relación de fuerzas que se da en el campo jurídico remite a la relación que establece el discurso entre la verdad y el poder y quienes tiene más poder pueden o bien abstenerse de usar las canales institucionales o usarlos con mayor familiaridad y beneficios, cuestión que remite a cómo los distintos actores sociales usan el derecho y acceden a la justicia.

En definitiva, el discurso jurídico aparece como un discurso totalizador y racional. Remite a lo universal, a la completitud, a la coherencia y no es casualidad que estos caracteres también se asocien a lo masculino; mientras que lo femenino sea vinculado con lo particular, lo incompleto, remita a lo afectivo, a la irracionalidad y a la naturaleza.

En el discurso jurídico circulan significados y se le da sentido a términos como niñez, adolescencia, mujer, víctima, victimario, entre otros. El derecho es un reflejo de la condensación de ciertas valoraciones y principios sobre los que se asienta un determinado orden social. No sólo la expectativa de uso de la coerción disuade de cometer ciertas conductas, sino que más sutilmente influye en la generación de explicaciones e interpretaciones de la realidad que son más difíciles de conmovir que el esfuerzo que puede llevar la sanción de una nueva ley, lo que demuestra la tensión entre el primer y el segundo nivel del discurso.

Una autora influyente en el campo de los estudios feministas del derecho es Alda Facio (1999:99 y sgtes.), quien sostiene que el discurso jurídico está compuesto por tres componentes: un componente formal normativo compuesto por la ley positiva, un segundo componente de carácter estructural que sería lo que las cortes interpretan (o recrean en

¹²Según Bourdieu la sentencia es uno de los actos de nominación o instauración y representa la forma por excelencia de la palabra autorizada, de la palabra pública, oficial que se enuncia en nombre de todos y frente a todos (ob.cit. pp. 196).

término de Asúa Batarrita ya citada) al seleccionar unas normas u otras, darles un alcance más restringido o más amplio; y un tercer componente político-cultural que es el contenido que las personas le van dando a la ley a través de la doctrina jurídica, las costumbres y tradiciones, el uso que la gente hace del derecho¹³. Los tres componentes están relacionados dialécticamente, se influyen, limitan o potencian entre sí.

En el caso de las mujeres y como el derecho es un discurso instituyente, podemos hallar numerosos ejemplos en las diversas ramas del ordenamiento. Por caso, cuando la ley Saénz Peña decía que el voto era *universal*, secreto y obligatorio, solo pudieron votar los varones. A pesar que mitad de la población quedaba excluida de ese derecho, el discurso jurídico tuvo suficiente fuerza como para imponer una verdad (universalidad del voto) al menos por treinta años más hasta el dictado de la ley n° 13.010¹⁴, invisibilizar a cierta parte de la población y hacer caso omiso al artículo 16 de la Constitución de 1853.

El derecho penal tiene unos cuantos institutos para justificar la muerte de una mujer por violencia de género. En caso de emoción violenta no se aplica ni interpreta de igual forma por los jueces ni es invocado por defensores ni fiscales cuando mata una mujer que cuando ésta es muerta violentamente por su marido, pareja o ex pareja¹⁵. El marido puede estar celoso y desatar una tragedia; ello ha sido entendido como emoción violenta. A la mujer que mata como consecuencia de una situación agotadora de violencia de género, se le aplica la alevosía y premeditación¹⁶. La diferencia no sólo es en la figura aplicable al caso, sino en el impacto diferencial que las

¹³ Para ampliar puede verse Ferrari, Vincenzo (2006): Derecho y Sociedad. Universidad Externado de Colombia Bogotá sobre las funciones objetivos y subjetivas del derecho.

¹⁴ Si la igualdad de mujeres y varones del art 16 CN fuera cierta no habría necesidad de cupos, si la dirigencia política de los principales partidos del país realmente creyera en la igualdad entre varones y mujeres no hubiera sido necesario llegar a la solución amistosa entre la señora Merciadri de Morini y Argentina ante el sistema interamericano.

¹⁵ Al respecto puede verse la investigación de Marcela Rodríguez y Silvia Chejter (2014). Homicidios conyugales y de parejas. La decisión judicial y el sexismo. Editores del Puerto Buenos Aires.

¹⁶ Puede verse Larrauri (2007) y Di Corleto, entre otras.

normas tienen en la vida de mujeres y varones. A pesar de la ley 26485 muchos operadores jurídicos siguen sosteniendo que la violencia doméstica es un asunto privado¹⁷.

El discurso jurídico también clasifica a las personas según clase social. Conforme el decreto 1602/2009 a las/los beneficiarios de la Asignación Universal por Hijo (AUH) se les retiene un 20% de las sumas que les corresponden¹⁸, las que se depositan en la cuenta del beneficiario luego de que acredite ciertos requisitos. No existen similares requisitos para los trabajadores/as formales en relación de dependencia que perciben las asignaciones familiares y por escolaridad. Tampoco existe asignación para hijos de trabajadores independientes cuyos ingresos superen ciertas sumas. Otra vez la universalidad de la asignación es parte de un discurso que encubre la otra parte de la realidad. A pesar del discurso igualitario del decreto y de esa política pública, lo cierto es que la discriminación entre hijos de unos y otros trabajadores/as es evidente.

¹⁷ Así lo consideró un tribunal de la provincia de Entre Ríos en la sentencia 'Ava Morales, Noelia Soledad en nombre y representación de los menores R.M, S.F y E.B y otra c/ Superior Gobierno de Entre Ríos' disponible en http://www.infojus.gov.ar/jurisprudencia/NV5655-ava_superior_ordinario-entre_rios-2013.htm;jsessionid=jzlyyj5ngc6g2bkmtc80g9et?0 recuperado el 19 de diciembre de 2013.

¹⁸ La AUH es un derecho que les corresponde a los hijos de las personas que están desocupadas, trabajan en la economía informal con ingresos iguales o inferiores al Salario Mínimo, Vital y Móvil, monotributistas sociales, trabajadores del servicio doméstico, trabajadores por temporada en el período de reserva del puesto o perciban alguno de los siguientes planes: Argentina Trabaja, Manos a la Obra, Ellas Hacen, Programa de Trabajo Autogestionado, Jóvenes con Más y mejor Trabajo, Programa Promover la igualdad de Oportunidades y Seguro de Capacitación y Empleo. El cobro de la Asignación Universal por Hijo requiere la acreditación anual de escolarización y controles de salud de los niños. Se abona hasta un máximo de 5 hijos, priorizando a los hijos discapacitados (a los que se liquidará un monto especial) y a los de menor edad. Se liquidará a uno solo de los padres priorizando a la mamá. Ley n° 24.714. Decreto 1602/09. ARTICULO 7o.- Incorporase como inciso k) del artículo 18 de la ley n° 24.714 y sus modificatorios:...“inciso k) Asignación Universal por Hijo para Protección Social: la mayor suma fijada en los incisos a) o b), según corresponda. El ochenta por ciento (80%) del monto previsto en el primer párrafo se abonará mensualmente a los titulares de las mismas a través del sistema de pagos de la Administración Nacional de la Seguridad Social (Anses), el restante veinte por ciento (20%) será reservado en una caja de ahorro a nombre del titular en el Banco de la Nación argentina percibido a través de tarjetas magnéticas emitidas por el banco, sin costo para los beneficiarios. “Las sumas podrán cobrarse cuando el titular acredite, para los menores de CINCO (5) años, el cumplimiento de los controles sanitarios y el plan de vacunación y para los de edad escolar, la certificación que acredite además, el cumplimiento del ciclo escolar lectivo correspondiente”. La falta de acreditación producirá la pérdida del beneficio. Disponible en <http://www.anses.gob.ar/prestacion/asignacion-universal-por-hijo-92> Asignación Universal por Hijo recuperado el 20 de noviembre de 2014.

En el derecho laboral y ante la progresiva democratización de la familia no se explica por qué los varones tienen dos o tres días de licencia por paternidad mientras que las mujeres en algunos convenios o estatutos llegan a los cinco meses¹⁹. El discurso jurídico es responsable —más exactamente el tercer componente según Facio— de confundir los procesos naturales (embarazo, parto y lactancia) con los procesos sociales (cuidado de las personas dependientes, en este caso personas recién nacidas) y asignarlos a las mujeres, sin embargo cuidar es una función social que bien pueden cumplir otras personas que no sean las madres, se puede cumplir en la familia o en el mercado²⁰.

En el extremo de las violaciones a los derechos humanos de las niñas, se encuentra la práctica de la ablación de clítoris, circuncisión o excisión femenina. No hay en el mundo una práctica que lesione y torture de manera equivalente a los niños varones como lesiona esa intervención a las niñas púberes musulmanas, sin embargo la práctica es justificada por razones culturales (comercio o tráfico matrimonial de mujeres, práctica que funda el ordenamiento jurídico relacionado al parentesco) o derechos colectivos del grupo (identidad).

Podríamos seguir con ejemplos, pero con estos pocos ya se puede tener una idea más o menos aproximada de cómo impacta el discurso

¹⁹ Por ejemplo, en La Pampa la ley de Empleo Público 643 prevé que: Artículo 133º: “La licencia por maternidad de los agentes será otorgada por el servicio médico oficial, conforme las siguientes modalidades: *a) Por un período de treinta (30) días en el parto y de ciento veinte (120) días en el post-parto. Esta licencia comenzará a partir de los ocho (8) meses de embarazo, que se acreditarán mediante la presentación del certificado médico correspondiente. El goce de este beneficio alcanzará a toda agente con embarazo debidamente acreditado y sin discriminación de orden alguno...”.

²⁰ Hay muy buenas investigaciones sobre mercado de trabajo femenino y el impacto que la maternidad y los cuidados tienen en la formación y capacitación de las mujeres, en el empleo a tiempo parcial, en las brechas salariales, en lo que se ha denominado doble y triple jornada, en las discontinuidades de las trayectorias laborales de las mujeres, etc. Esta situación genera serias discriminaciones a pesar de que en nuestro país se protege la familia y la maternidad, el despido por causa de embarazo o matrimonio. Persisten desigualdades en el derecho laboral tal como dar excedencia sola a la mujer 8art 183LCT). En el caso del empleo en casas particulares ²⁰ el art 72 dispone que las leyes n° 24.013 y modificatorias no son aplicables al régimen de empleo doméstico, por lo cual el agravamiento de las indemnizaciones por despido es una discriminación de iure que persiste, más allá de la especialidad de las obligaciones y derechos de las partes del contrato de trabajo doméstico tal como lo dispone el art 14, entre tantos otros ejemplos.

jurídico en el mantenimiento o combate de la desigualdad entre hombres y mujeres, cómo el discurso jurídico puede ser una estrategia creadora de género asignando lugares y posiciones sociales diferencialmente a mujeres y varones, jerarquizando tales posiciones sociales en opuestos dicotómicos del estilo: público/privado, cultura/naturaleza, razón/emoción, etc.

Para concluir la idea de la capacidad del derecho de instituir el género, cabe citar a Smart (2000) quien dice que el derecho es masculino, es sexista, pero aun así no todo lo que el derecho haga es opresor para las mujeres, de allí la capacidad transformadora que porta el derecho²¹.

3. Segundo. El proceso de generización de la legislación. Análisis en particular de la ley n° 26.485

3.1. La generización del derecho. Reconocimiento de sujetos distintos al sujeto hegemónico

En cuanto a cómo considera a las mujeres, el derecho tuvo (o tiene) una visión esencialista y les ha atribuido cualidades universales y eternas que se naturalizan, entran en el orden de las cosas, cuando en realidad hay

²¹ A fines de establecer los lugares y roles que se adjudican a mujeres y varones según el género, la realidad se simplifica a través de dicotomías sexuales. Olsen (en Ruiz, 2000) sostiene que los dualismos sobre los que se basa la dominación de las mujeres son reforzados por el derecho y están: 1).-sexualizados: los hombres se identifican con lo racional, la cultura, el poder mientras que las mujeres se ven proyectadas hacia la irracionalidad, la emoción, la naturaleza. 2).-se hallan jerarquizados, aparecen como neutros y dados, pero en realidad son masculinos, los dualismos se definen por residualidad. Se resalta y se degrada a la vez lo femenino y en su caso lo masculino se feminiza para ridiculizar y menoscabar como cuando se abusa de niños. 3).-el derecho se pone del lado de lo masculino, se identifica con la racionalidad, la objetividad, la abstracción, por lo que aquello identificado con los sentimientos, la dependencia, los particularismos es femenino. 4).- y a la vez los dualismos son prescriptivos, descriptivos y excluyentes. Otra autora, Smart (en Birgin, 2000) plantea que: 1).- el derecho es sexista, ha tratado los bienes jurídicos de distinta manera según correspondan a varones o mujeres. Aquí la crítica al derecho sexista se resolvería en uniformizar los estándares de protección y valoración. 2).-el derecho es masculino: este presupuesto parte de la evidencia de la mayoría masculina en el mundo del derecho. Pareciera que ser interpelado desde el derecho, es sinónimo de ser medido según la vara de los valores masculinos. En este caso, las mujeres serían tratadas sin que la diferencia sexual cuente. Se pone en cuestión este resultado ya que se llega a reforzar el mito de la unidad, objetividad, abstracción del derecho coincidiendo con su expresión positivista y se lo despoja de su historicidad. Se hace aparecer la experiencia sexuada de los hombres como lo universal. 3).- El derecho tiene género: aquí el derecho toma la forma de distintos procesos que operan de diversos modos, implica la posibilidad de pensar que no todo lo que el derecho hace, es explotador o degradante para la mujer. La autora expresa que el derecho constituye en una estrategia creadora de género.

una construcción social y por ende, histórica detrás de ello. Teniendo en cuenta esas características el derecho otorga o niega derechos, y en esas operaciones se adjudica o se niega la posibilidad de ser sujeto de derechos.

Si bien hay algunas autoras que mantienen cierto escepticismo²², a través de los años el proceso de especificación de los derechos humanos para ir abarcando a cada vez más sujetos es imparable, en razón a que el modelo occidental de derechos humanos²³ ha debido ampliarse más allá del restringido campo de acción que solo abarcaba al sujeto hegemónico²⁴.

Los sujetos incluidos en los últimos veinte o treinta años en documentos de valor moral o jurídicamente vinculantes para la comunidad internacional son los niños/as y adolescentes²⁵, las personas con discapacidad²⁶, las mujeres²⁷, las personas de la tercera edad²⁸, las personas

²² Asúa Batarrita (2008:104) dice que la capacidad del derecho para dar cuenta de los cambios de significado, es modesto, pero en absoluto despreciable. Cree que el derecho evidentemente no puede liderar la erradicación de seculares estereotipos que abonan la pervivencia de determinadas formas de violencia, pero sí puede pedírsele que acompase sus normas y sus pautas de interpretación a la evolución de la sensibilidad social.

²³ Existen otros modelos de derechos humanos descriptos por Santos, Boaventura de Sousa (2002) Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. En *El Otro Derecho*, número 28. Julio de 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia disponible en http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/Sousa%20-%20Concepci%C3%B3n%20multicultural%20de%20DDHH.pdf recuperado el 11 de agosto de 2013.

²⁴ Para ver cómo se ha construido a través de la historia de la filosofía política hasta la modernidad las características del sujeto hegemónico, puede verse Maffía, Diana (2005).

²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por Argentina en 1990. No habla de niñas ni de adolescentes.

²⁶ Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ley n° 26.378.

²⁷ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, ratificada por nuestro país por ley n° 23.179 del año 1985.

²⁸ No hay un tratado sobre la tercera edad. Las primeras referencias a las personas de edad en los instrumentos internacionales de derechos humanos son solo indirectas y, generalmente, se limitan a la seguridad social y al derecho a un nivel de vida adecuado. Por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se reconoce el derecho a las prestaciones sociales en la vejez. De forma análoga, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se considera “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” El primer convenio de las Naciones Unidas sobre derechos humanos en el que se prohibió explícitamente la edad como un motivo de discriminación fue la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en la que se proscribe la discriminación en su acceso a la seguridad social en caso de vejez. El alcance de la prohibición de la discriminación por motivos de edad fue ampliado después en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y, posteriormente, en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en relación con cuestiones como la

de distintas razas a las del sujeto hegemónico²⁹, las personas de diversos colectivos heteronormativos³⁰, los pueblos originarios³¹.

Este proceso da cuenta del limitado alcance de los documentos fundantes de los órdenes universales (ONU) y regionales (OEA, UE, Unión Africana y Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ANSA³²) para combatir los distintos tipos de discriminaciones. A la vez, dan cuenta de las estrategias de resistencia de los grupos subalternos u oprimidos³³. A todos estos grupos se les presenta el mismo dilema que se les aparece a las mujeres en el uso del derecho y que se analizó precedentemente.

eliminación de los prejuicios, los estereotipos y las prácticas nocivas, el acceso a la justicia y la protección contra la explotación, la violencia y el abuso. La protección limitada que proporcionan las convenciones existentes a los derechos de las personas de edad se ha visto reforzada parcialmente gracias a su interpretación progresiva, realizada por los órganos encargados de su supervisión. Es el caso, por ejemplo, del Comité de Derechos Humanos, que ha desarrollado el principio de no discriminación por la edad en determinados casos examinados en el marco de su procedimiento contencioso. La práctica del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también es pertinente en este campo. En 1995 aprobó su Observación general N° 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, en la que se especifican las obligaciones que corresponden en este ámbito a los Estados que son parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de CEPAL en http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/4/43684/Modulo_2.pdf el 28 de noviembre de 2014.

²⁹ Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación racial que entró en vigor en el año 1969.

³⁰ Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género del año 2006.

³¹ Art. 75 inc 17 CN y Convenio 169 de la OIT.

³² En el año 2009, fue creado el organismo regional de derechos humanos del sudeste asiático, denominado la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ANSA (AICHR, por sus siglas en inglés). Este organismo está compuesto por representantes de los 10 Estados miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ANSA), una agrupación regional fundada en el año 2007. La AICHR está elaborando una declaración de derechos humanos de la ANSA, con el fin de establecer un mecanismo de derechos humanos en el futuro. Todavía no existe un instrumento u organismo subregional de derechos humanos en el Pacífico, aunque ha habido debates sobre este tema en los últimos años. Recuperado de <http://www.apt.ch/es/mecanismos-regionales-de-derechos-humanos/> el 28 de noviembre de 2014.

³³ Las estrategias son dos y coexiste: releer en clave de diversidad los instrumentos fundantes del derecho internacional de los derechos humanos y generar normativa específica. Ver Fernandez Valle, Mariano (2013) El sistema internacional de derechos humanos en clave antidiscriminación: reglas comunes y obligaciones estatales. En Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Nicole Lacrampette P. (Editora). Universidad de Chile Facultad de Derecho Centro de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/101.pdf> recuperado el 12 de agosto de 2014.

Estos documentos, fundamentalmente los de ONU no sólo fueron redactados por los vencedores, sino que éstos los hicieron bajo el postulado marshalliano de ciudadanía³⁴, con todas las limitaciones propias de ese modelo.

La progresiva generización de la legislación internacional es un término utilizado por García Muñoz (2001) por el cual la autora pretende dar cuenta de la condensación o impregnación del género en los instrumentos de derechos humanos, lo que se ha llamado desde Beijing la transversalidad del enfoque de género³⁵, reconociendo el aporte de Pedro Nikken en cuanto a que la progresión o progresividad refiere a la expansión irreversible de los derechos humanos.

En el documento A/52/3/Rev.1 del año 1997, el ECOSOC definió la transversalización de género o *gender mainstreaming* como el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Se trata de una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad.

El objetivo final de la integración o transversalidad es conseguir la igualdad de los géneros. Ya en 1995 en la Plataforma de Acción de la IV Conferencia de la Mujer en Beijing se había previsto el deber de los Estados

³⁴ Marshall (Marshall, T.H. y Bottomore, Tom (2005): “Ciudadanía y Clase social” Editorial Losada Buenos Aires) pensó el sistema de ciudadanía por etapas progresivas y ascendentes que iban desde los derechos políticos, civiles de carácter individual a los derechos sociales de carácter colectivo. Otras investigaciones demuestran que no ha sido así en todo occidente, habiéndose logrado derechos sociales antes que los políticos. Por ejemplo, las mujeres tuvieron en Argentina derechos a la seguridad social como esposas-viudas de trabajadores formales antes que poder votar.

³⁵ Para ampliar los usos, ventajas, dificultades riesgos de la transversalización de género en las políticas públicas pueden verse Borries Conca (2012), Charlesworth (2007) y Pautassi (2008).

de integrar la perspectiva de género en las políticas públicas, principalmente en los puntos 201 y siguientes.

En cuanto al proceso interno de generización de la legislación y de progresivo reconocimiento de los derechos de las mujeres, podemos señalar que desde el regreso del sistema democrático se han dictado numerosas leyes que tienden a la igualdad de géneros³⁶:

1).-ley n° 23.179 por la que se prueba la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1985).

2).-ley n° 24.012 modificación al Código Electoral Nacional. Agrega el cupo femenino para la participación política en órganos colegiados representativos de carácter nacional (1991).

3.- ley n° 24.417 de Violencia Familiar (1995).

4).-ley n° 24.632 por la que se aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como la Convención de Belem do Pará (1996).

5).-ley n° 24.785 por la que se instituye el Día Nacional de los Derechos Políticos de las Mujeres (1997).

6).-ley n° 24.821 de Institución de la Mujer Destacada (1997).

7).-ley n° 24.828 modificación al Sistema Integrado de jubilaciones y Pensiones. Posibilita el acceso de las amas de casa a las prestaciones de la seguridad social (1997).

8).-ley n° 25.013 modificación de la LCT. Incorporación de la figura del despido agravado por condiciones de raza, sexo o religión³⁷ (1998).

³⁶ Asimismo, entre los más importantes, cuentan los decretos 2385/93, 235/96, 1363/97, 254/98, 485/00, 1246/00, 290/01, 291/01, 1282/03, 514/03, 1054/10 y las Declaraciones de repudio a la medida cautelar contra el Programa Nacional de Salud y Sexual y Procreación Responsable, Declaración de Parto Humanizado y Declaración de Interés del sistema información Mujer, Resolución n°1015/10 que modifica la Resolución 793/09 de Convenio sobre Abordaje Integral de Embarazo Adolescente. También el decreto 936/2011 que prohíbe la oferta de servicios sexuales en los medios de prensa (rubro 59).

³⁷La Ley de Contrato de Trabajo prevé indemnizaciones agravadas en caso de despido por matrimonio y específicamente para mujeres en caso de despido por embarazo. Sin embargo la normativa referida a servicio doméstico, trabajo en que la gran proporción de quienes lo desempeñan son mujeres, queda afuera de tales previsiones legales, conforme art 2 de la LCT. También ha habido numerosas modificaciones en el programa de

9).-ley n° 25.087 modificación del Código Penal. Cambia el título “Delitos contra la honestidad” por “Delitos contra la integridad sexual” (1999).

109.- ley n° 25.239 de Reforma Tributaria. Instituye el Régimen Especial de Seguridad Social para el Empleo Doméstico (1999).

11).- ley n° 25.250 Reforma Laboral. Implementación estímulos al empleo estable de mujeres (2000).

12).- ley n° 25.273 de creación del sistema de inasistencias justificadas por razones de gravidez (2000).

13).-ley n° 25.543 Salud Pública. Implementación de test de diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana (2002).

14).-ley n° 25.584 de reforma a la ley de Educación Pública. Prohibición en establecimientos de enseñanza pública de acciones que impidan el inicio o continuidad del ciclo escolar de alumnas embarazadas o madres en período de lactancia toda mujer embarazada y modificatoria 25808 (2002).

15).-ley n° 25.673 sobre creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (2002).

16).- ley n° 25.674 modifica la ley de Asociaciones Sindicales. Implementa el cupo femenino sindical (2002).

17).- ley n° 25.781 de reforma al Código Civil. Modifica el régimen patrimonial del matrimonio, administración y disposición conjunta de los bienes de origen dudoso (2003).

18).-ley n° 25.929 sobre Salud Pública. Regula los derechos de padres e hijos durante el proceso de nacimiento (2004).

19).- ley n° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes (2005).

20).-ley n° 26.130 regula el Régimen de Intervenciones de Contracepción Quirúrgica y los derechos a las prácticas de ligadura de trompas y vasectomía (2006).

21).- ley n° 26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral (2006).

22).- ley n° 26.171 implementando el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la

registración de personal de servicio doméstico mediante la ley 25239, para garantizar los derechos de las trabajadoras de este sector.

Mujer, adoptado por la Asamblea General de la organización de las Naciones Unidas adoptado en 1999 (2006).

23).- ley n° 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (2008).

24).-ley n° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (2009).

25).- ley n° 26.522 de servicios de comunicación audiovisuales (2009).

26).- ley 26618 reforma el Código Civil. Modificación al régimen legal matrimonio habilitando a personas del mismo sexo a contraer nupcias (2010).

27).- ley n° 26.738 de modificación al código penal. Instancia por la víctima de la acción penal (2012).

28).- ley n° 26.743 de identidad de género (2012)

29).- ley n° 26.791 modificación al Código Penal. Incorporación de la figura agravada en caso de muerte de mujeres -femicidio- (2012).

30).- ley n° 26.842 modificación a la ley 26364 sobre el delito de trata de personas (2012).

31).-ley n° 26.743 de identidad de género

32).- ley n° 26.862 de fertilización asistida

33).- ley n° 26.618 de matrimonio igualitario

34).- dictado de numerosos protocolos de atención sanitaria de abortos no punibles luego del fallo F.A.L en distintas provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires³⁸.

3.2.Plasmar en la legislación la generización y la igualdad.

Análisis de la ley n° 26.485

Si bien en el ámbito internacional, CEDAW no incluyó expresamente la violencia contra las mujeres, luego en la Recomendación 19 del año 1992 abordó tan candente tema, afirmando que: “1).- La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.”

³⁸ No se desconoce que la aplicación de los protocolos han tenido que sortear numerosas obstáculos, entre ellos que la tenaz acción y lobby de los grupos pro-vida y el problema de la objeción de conciencia.

En el ámbito regional latinoamericano³⁹ se cuenta con la Convención de Belém do Pará adoptada en 1994 ratificada por Argentina mediante ley n° 24.632 de 1996, que define la violencia como:

Artículo 2: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

Tan importante como la definición, es el hecho que se impongan concretas responsabilidades a los estados parte en el art. 7:

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d.

³⁹ La Unión Europea cuenta con el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011, entrará en vigor de forma general ya que se ha alcanzado el número mínimo de diez Estados miembros de la organización que lo han ratificado, tal y como estipula el artículo 75 del Convenio.

adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

En el sistema de derechos humanos los Estados tiene la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, esto es lo que se ha denominado “deberes de debida diligencia”.

En cuanto a violencia contra las mujeres e igualdad entre mujeres y varones se ha avanzado en la prevención (fundamentalmente mediante profusa legislación y campañas de sensibilización y visibilización de la problemática, creación de observatorios, centros de documentos casi siempre a cargo de la sociedad civil, presentación de numerosos proyectos de ley⁴⁰), lentamente se van transformando las formas de investigar las violaciones de derechos humanos de las mujeres (por ejemplo a través del Plan para incorporar la perspectiva de género en la Justicia argentina de la CSJN⁴¹),

⁴⁰ Entre otros, el proyecto de comunicación 3943714 del Senador Rozas, Angel Solicitando incrementar las partidas presupuestarias asignadas al Consejo Nacional de las Mujeres, como órgano de aplicación de la ley n° 26.485 y el proyecto de ley n° 941/14 ingresado el 14/11/2014 al Senado de la Nación por la Senadora Aguirre. Proyecto de ley declarando la emergencia pública en materia de violencia de género.

⁴¹ Disponible en http://www.csjn.gov.ar/om/trab_unidades/plan_ipgja.pdf recuperado el 11 de noviembre de 2014.

poco se ha avanzado en la sanción (salvo en el establecimiento de sanciones penales a un agresor que cometa un delito pero las acciones tendentes a sancionar delitos tales como amenazas, lesiones, violación sexual, etc., sanciones que terminan siendo contrarrestadas por la aplicación de la mediación penal, o por otros institutos como la suspensión a juicio a prueba en casos de violencias contra las mujeres) y nada se ha hecho en términos de reparación⁴².

En esos términos la ley n° 26.485 contiene numerosos institutos que hay que poner en marcha. En tal sentido, la ley tiene tres partes: la primera da cuenta y refuerza los conceptos de violencia y discriminación contra la mujer contenidos en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer conocida como la Convención de Belém do Pará y en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contrala Mujer (CEDAW). Además hace referencia expresa a la Convención de Derechos del Niño y a la ley nacional 26061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

En la segunda parte, desarrolla un programa político de igualdad y no discriminación, es decir de combate a la violencia⁴³, que deben implementar y poner en marcha cada uno de los poderes del estado (nacional o provincial) a través de sus respectivos organismos. Asimismo establece la autoridad de aplicación -el Consejo Nacional de las Mujeres/el Consejo Provincial de la Mujer-, sus atribuciones, facultades, obligaciones y recursos.

La tercera parte contiene aspectos que desde la teoría jurídica y las políticas públicas de acceso a la justicia es necesario desarrollar, tales como

⁴² La extensión del seguro de Capacitación y Empleo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social a las mujeres víctimas de violencia conforme la ley 26485 puede ser un adelanto pero no un modo de reparación. Ver Resolución 332/2013 MTEySS. Estos programas son similares a los implementados por ejemplo en España, aunque el nacional es mucho más recortado. Puede verse la Guía de los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género de España disponible en http://igualdade.xunta.es/sites/default/files/files/documentos/guia_derechos.pdf recuperado el 17 de marzo de 2014.

⁴³ La violencia contra las mujeres se ha entendido como una forma extrema de discriminación en razón el género y de violación a sus derechos humanos (conf. art. 5 Convención de Belém do Pará).

efectivizar el patrocinio jurídico gratuito, las cuestiones de prueba y principios procesales, medidas cautelares, consolidación de institutos como el acompañante solidario, entre los más importantes.

A partir del artículo 16, la ley consagra las garantías procesales de las mujeres y provee los modos en que las afectadas y los operadores jurídicos deben hacer valer el derecho de acceso a la justicia.

El mayor problema con que se enfrenta la ley son las prácticas reticentes de los operadores que no son conscientes de la responsabilidad internacional del Estado ante incumplimiento de normativa vinculante.

Para el caso del aborto, pero también aplicable al problema de los incumplimientos en el deber de debida diligencia en otros casos de violencia contra las mujeres, Bergallo (2012:385) sostiene que los operadores del derecho no creen que incumplir las normas sea un problema:

En el voto mayoritario en “F., A. L.” la Corte ha mostrado que comprende que la cultura del incumplimiento y la instauración de reglas informales contrarias al derecho escrito se constituyen en límites estructurales al respeto de los derechos y, por eso, a la legalidad. Frente a esos límites, los tribunales argentinos no pueden permanecer inermes. O no pueden hacerlo si pretenden ser relevantes para hacer cumplir la Constitución.

4. Tercero. La perspectiva de género, acceso a la justicia y las medidas especiales

4.1. Aproximación a la idea de perspectiva de género

Este trabajo no pretende dar cuenta de la complejidad y disputas en torno al uso de la categoría *género*, ni estudiar la pluralidad de definiciones que se han dado en los últimos tiempos. Debido a la polisemia del concepto, sus usos y alcances son cuestionados y resignificados permanentemente por las feministas y movimientos de mujeres, de modo que se trabaja con una

definición abarcativa y relativamente aceptada por los distintos grupos que coexisten al interior del movimiento feminista.

Según Tarrés (2001) los estudios de mujeres tuvieron estrecha relación con el movimiento feminista, pero luego lograron desarrollar su propia lógica incorporándose a los espacios académicos. La distancia entre los movimientos y las lógicas de la academia genera diversas tensiones. En tal diversidad de contextos es lógico que surgieran cuestionamientos por el uso, alcances y limitaciones del concepto, ya que cada grupo disputa un interés especial en la forma de optimizar su capital y de articular (o no) las teorías con las prácticas⁴⁴.

Para Lamas (1986, 1994 y 2000) cada cultura construye la simbolización de la diferencia sexual, la que incluye dimensiones anatómicas, hormonales, síquicas y sociales. De allí que el género esté impregnado de historicidad y contextualidad, y las identidades que a partir de estos procesos se construyen no sean fijas ni invariables. Esta autora afirma que:

El género es el conjunto de ideas sobre la diferencia sexual que atribuye características ‘femeninas’ y ‘masculinas’ a cada sexo, a sus actividades y conductas, y a las esferas de la vida. Esta simbolización cultural de la diferencia anatómica toma forma en un conjunto de prácticas, ideas, discursos y representaciones sociales que dan atribuciones a la conducta objetiva y subjetiva de las personas en función de su sexo. Así, mediante el proceso de constitución del género, la sociedad fabrica las ideas de lo que deben ser los hombres y las mujeres, de lo que es ‘propio’ de cada sexo (Lamas, 1994).

⁴⁴ El problema se sitúa en los usos del género dentro de lo que Bourdieu llamó el campo científico. El campo científico como espacio social porta y supone una serie de intereses más allá de los estrictamente científicos o académicos. Sin embargo, quienes estudian los problemas de género necesitan a las mujeres de los movimientos y éstas a aquellas. Cada campo tiene sus lógicas, el patriarcado se encarga de que aparezcan como insolublemente antagónicos.

Por su parte, Scott (1999:61) dice que “el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos, y el género es una forma primaria de relaciones significantes de poder”. Comprende símbolos culturalmente disponibles que se manifiestan entre otras formas en las instituciones políticas, religiosas, educativas, en la forma que adquiere el parentesco y la organización social de la familia y en la identidad que construyen los sujetos a partir de cómo los interpela la ley (Ruiz, 2006).

Por otro lado, si bien Scott (1999) reconoce que el género no es el único campo de relaciones de poder, sin embargo persistente y recurrentemente ha explicado la significación del reparto de poder en distintas sociedades en diferentes momentos históricos, cuestión que al desarrollo efectuado respecto de la de las dicotomías.

La idea de que no hay una identidad esencial de las mujeres, sino que las identidades son relacionales permite hacer un análisis dinámico de las posiciones que ocupan las mujeres en distintos situaciones y contextos, sea frente a los varones como frente a otras mujeres. La posición de género también se vincula a otras categorías como la clase o la raza como así también a otros estatus adquiridos o adscriptos dando lugar al concepto de interseccionalidades⁴⁵, barreras múltiples o discriminaciones yuxtapuestas. Estas ideas son recogidas -por ejemplo- en las Reglas de Brasilia para dar cuenta de la problemática del acceso a la justicia de grupos minorizados, por

⁴⁵ Crenshaw (1991) utilizó el concepto de interseccionalidad para denotar las diversas formas en que la raza y el género interactúan y dan forma a las múltiples dimensiones de experiencias de empleo de las mujeres negras. Según la autora, su objetivo era ilustrar que muchas de las experiencias a las que las mujeres negras se enfrentan no son subsumidas en los límites tradicionales de la raza o la discriminación de género como se entienden actualmente estos límites, y que la intersección de racismo y el sexismo en la vida de las mujeres negras eran formas que no podían ser capturadas totalmente mirando las dimensiones de raza o género por separado. Por su parte, Expósito Molina (2012) dice que la interseccionalidad hace referencia a la situación en la cual una clase concreta de discriminación interactúa con dos o más grupos de discriminación creando una situación única. Agrega que dentro del contexto académico es el método de análisis sociológico que permite interrogarse sobre la reproducción institucional de la desigualdad. Esta autora expresa que la transversalidad y la interseccionalidad no son herramientas excluyentes en la intervención para superar la desigualdad de género, sino que por el contrario se complementan.

ello hay que entender la subalternidad en relación al sujeto que ejerce la dominación.

Otro concepto interesante a tener en cuenta a la hora de analizar el discurso jurídico es comprobar si se incorpora la perspectiva de género en el análisis de una política pública, de un programa, de una ley o cuando se dicta una sentencia.

La perspectiva de género es un concepto en desarrollo y permite entender en qué medida las acciones y/o políticas públicas y sociales tienen en cuenta la situación de las mujeres. La aplicación de este enfoque permite

observar y comprender cómo opera la discriminación, pues aborda todos aquellos aspectos que tiene que ver con la condición social y económica de las mujeres y de los hombres, con el fin de favorecer iguales oportunidades para el acceso equitativo de recursos, servicios y derechos. Advertir y cuestionar el sexismo que está presente en todas las instituciones y actividades sociales, a la vez que propone acciones para enfrentarlo críticamente y erradicarlo. Hacer visibles las experiencias, perspectivas, intereses y oportunidades de las mujeres, con lo cual se pueden mejorar sustancialmente las políticas, programas y proyectos institucionales, así como las acciones dirigidas a lograr sociedades equitativas, justas y democráticas” (Di Liscia et al 2009: 66)

El acceso a la justicia como conjunto de acciones que se ponen en marcha para promover y garantizar derechos también debe pasar el estándar de no discriminación, es decir no impactar diferencial y perjudicialmente a las mujeres.

4.2. Acceso a la justicia de mujeres en casos de violencia de género

Maffía (2011) brinda una definición de violencias que ayuda a acotar el problema y relacionarlo con el acceso a la justicia. Las múltiples formas de denominar las violencias que sufren las mujeres no significan lo mismo,

no tienen en el campo jurídico igual tratamiento ni importancia, ni tampoco implican las mismas urgencias. Ya se vio que la Convención de Belém do Pará define las violencias (arts 1 y 2) y la ley n° 26.485 también despliega los tipos y modalidades de violencias (arts. 5 y 6)⁴⁶.

⁴⁶ Artículo 5°: Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: 1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física. 2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación. 3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres. 4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo. 5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad. ARTICULO 6°: Modalidades. A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia; b) Violencia institucional contra las mujeres: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil; c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada

Maffía (2011: 70) afirma:

Es bueno, entonces, reflexionar sobre los muchos modos de designación de la violencia, para ver qué iluminan y qué dejan en la sombra. En la expresión violencia contra la mujer se hace visible la víctima, pero no quién es el sistemático victimario ni cuáles son los ámbitos y vínculos habituales de la violencia. En la expresión violencia doméstica sólo se ilumina el ámbito que, dicho sea de paso, es privado y no público, pero no la víctima, el victimario y las razones de la violencia. En la expresión violencia familiar se hace visible el vínculo pero no las relaciones de poder dentro de la estructura familiar que hace que las mujeres sean el 90% de las víctimas de violencia. Cuando hablamos de violencia de género iluminamos las estructuras simbólicas que justifican y naturalizan la violencia; y cuando hablamos de violencia sexista hacemos eje en las relaciones de poder entre los sexos y el sistemático disciplinamiento de un sexo sobre otro.

Sabiendo de qué se habla cuando se habla de violencias se pueden hacer algunas aproximaciones al problema del acceso a la justicia de las mujeres.

El acceso a la justicia supone la confrontación dinámica y constante entre las expectativas que la sociedad genera a partir de un determinado ordenamiento jurídico y las condiciones efectivas de dicho acceso. Por lo tanto, en un sentido amplio, se puede señalar que el acceso a la justicia

trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral; d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la ley n° 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; e) Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929. f) Violencia mediática contra las mujeres: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres.

reconoce la relación entre los aspectos económicos, sociales y legales asociados con la administración de justicia y su impacto en el ejercicio efectivo de los derechos de los individuos (MJy DDHH, 2012: 15).

Significa no solo poder acceder, sino mantenerse o transcurrir un procedimiento y obtener una resolución al reclamo. Robles (2011) hace una clasificación en acceso formal-material; como hecho -como derecho; en acceso directo-inverso; formal -eficaz y advierte que el desconocimiento del derecho es una forma de denegación de justicia.

Tradicionalmente, el acceso a la justicia fue concebido por los Estados liberales como un derecho natural que tenían las personas para litigar o defenderse y el rol del Estado era impedir la violación de este derecho (Cappelletti y Garth, 1983) quienes dicen que este derecho básico progresivamente se ha ido ampliando sin embargo subsisten graves situaciones de ‘indigencia jurídica’ a las que el Estado toma escasa atención.

Birgin y Kohen (2006) expresan que el acceso a la justicia en un sistema democrático tiene por objeto garantizar los derechos a todos por igual, por ello resulta pertinente indagar y analizar en qué condiciones las mujeres acceden a los derechos y cómo inciden distintas barreras u obstáculos en la consecución de ese fin.

En el problema del acceso a la justicia se imbrican datos sociológicos, económicos, políticos y culturales⁴⁷, ya que no es solamente un asunto jurídico. El acceso o no acceso tiene en definitiva implicancias concretas para efectivizar el alcance de la ciudadanía plena de mujeres y sabido es que con la igualdad formal proclamada en las normas positivas ello no es suficiente.

Dado que en general las mujeres como grupo social se encuentran en desigualdad de posiciones respecto de los varones, debido a la asignación

47 Si bien Cappelletti y Garth (1983) señalan la importancia de los profesionales del derecho en la búsqueda de soluciones al acceso a la justicia, más exactamente de los procesalistas, también advierten que tratándose de un bien social, es decir fuera del mercado, están implicadas políticas públicas mucho más abarcativas que las directamente concernientes al poder judicial.

diferencial de los recursos materiales y simbólicos de que dispone una sociedad y en posición de opresión (Young, 1996) requieren de mecanismos específicos -medidas especiales- de acceso a la justicia.

En tal sentido:

desde la perspectiva sociojurídica lo que despierta interés y debate y lo que cuestiona es el no acceso a la justicia del Estado, o visto de otro modo, la injusticia del no acceso por parte de diversas categorías de personas definidas de varias maneras: sectores vulnerables, desaventajados, excluidos, desafiados sociales, marginados, los que, de algún modo, detentan como rasgo común la pobreza y precariedad económica y a partir de ello la falta de poder y debilidad político (Lista, 2011: 1)⁴⁸.

Como ya se dijo, sobreabundan normas, reglamentaciones y dispositivos que facilitan el acceso a la justicia establecidos por distintos organismos, niveles de estado y disímiles resultados.

A los mecanismos más clásicos contenidos en leyes procesales de la Nación o de las provincias (beneficios de litigar sin gastos, beneficio de gratuidad laboral, defensa penal pública etc.) se agregan otras modalidades como las recomendadas en las *100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* que si bien no son vinculantes, funcionan como orientaciones de la actividad de los operadores jurídicos⁴⁹.

Berizonce (2009) advierte sobre

48 Lista y Begala (2000) distinguen entre situaciones de marginalidad jurídica objetiva (posibilidad de acceder a estructuras y procesos en igualdad de condiciones) y marginalidad jurídica subjetiva, que se refiere a las creencias, valores y precepciones que tiene las personas acerca de sus derechos.

⁴⁹ Han sido Recogidas en la Acordada N°3117/2011 del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa⁴⁹, las reglas identifican a las personas en esta condición como “aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (Art. 3).

[L]a compleja cuestión de marcado sesgo político-ideológico que plantea el acceso a la justicia, y la búsqueda acuciante de nuevos instrumentos jurídicos, particularmente procesales aunque, también y con no menos incidencia, aquellos propios de la economía y de las ciencias sociales, han concitado el interés de los estudiosos durante, cuanto menos, las tres últimas décadas. En ese lapso han operado en el país y en Iberoamérica profundas transformaciones, particularmente en el plano constitucional y de las convenciones de derecho humanitario que han influido, de uno u otro modo, en la prestación de los servicios de justicia y, por ende, en la magnitud y calidad del acceso a la justicia.

Por otra parte, importantes investigaciones nacionales y extranjeras han destacado los problemas estructurales del acceso a la justicia que aparejan los procedimientos judiciales, la reforma y la organización judiciales (Bergoglio en Boueiri, 2010, Bergoglio, Gaston y Sagués en Gonzalez y Lista, 2011). También se han empezado a ensayar explicaciones acerca del acceso a la justicia en términos del funcionamiento de la administración pública (Botassi, 2009, Gherardi, 2009) entre los más destacados. Teniendo en cuenta que:

[E]l acceso a la justicia puede ser analizado como parte de una política pública antidiscriminatoria que compromete al estado y a cada uno de sus órganos y no sólo como un problema del poder judicial” y que “Es en ese sentido que el acceso a la justicia se proyecta también sobre los procesos de definición y adopción de políticas públicas que inciden sobre el goce de los derechos civiles, políticos económicos y sociales de los grupos vulnerables (Birgin y Gherardi, s/f, XVI)

se han empezado a trabajar en líneas sumamente interesantes que relacionan el acceso a la justicia con las políticas sociales (Abramovich y Pautassi, 2009 y 2010, Abramovich y Courtis, 2006), con la participación de

la sociedad civil (Abramovich, 2006)⁵⁰ y el uso del litigio de interés público o litigio estratégico⁵¹. También sobre acceso a la justicia y pobreza (Lista y Begala, 2001, Salanueva y Gonzalez, 2011), acceso a la justicia y mujeres (González y Salanueva, 2009), derechos sexuales y diversidad sexual (Gerlero, 2009, Lista, 2009a y 2009b) y discurso jurídico.

Estas investigaciones entroncan la perspectiva de las condiciones objetivas con el enfoque que indaga sobre los condicionamientos subjetivos, es decir con la mirada de los actores litigantes, de los operadores⁵², con la mirada de los de abajo (Rodríguez Alzueta, 2011), analizando los múltiples condicionamientos constituidos por las barreras procesales⁵³, las barreras socio-culturales, las barreras económicas, las barreras geográficas, las barreras por género, etnia, edad, clase social, discapacidad.

En términos procesales, la ley n° 26.485 promueve la actuación judicial diligente y ágil, la sumariedad de los procedimientos (art 16

50 “De acuerdo con el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Por ello, la participación de la ciudadanía organizada y otros actores diferentes al Estado en procesos públicos, incluidos el diseño, ejecución y monitoreo de políticas públicas como práctica democrática resulta crucial para incorporar sus visiones, perspectivas y experiencias y asegurar un mayor impacto positivo en la vida de mujeres y hombres” (conforme el Segundo Informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará, pág 55 disponible en <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferico-ES.pdf> recuperado el 28 de junio de 2014.

51 Para el desarrollo de garantías procesales para los derechos económicos, sociales y culturales, que puede ser aplicable al problema de la discriminación estructural que padecen las mujeres, en el acceso a la justicia puede verse María Carlota Ucín (2009). La necesaria tutela diferenciada de los DESC. Apuntes sobre la función remedial del poder judicial. En XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal AADP- CABA. pp 139-149.

52 Desde una perspectiva subjetiva, es decir qué hacen las personas con el derecho y enfocada en la aplicación por los operadores jurídicos de la ley 26485, la autora se halla trabajando en el proyecto de investigación “Impacto de la ley 26485 en las representaciones sociales” aprobado en la convocatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

53 En este sentido han disminuido progresivamente a partir de la reforma constitucional de 1994, se ha constitucionalizado el amparo en el art.43 y se han reforzado las garantías procesales al acceso a la justicia en el art 75 inc 22. El art 42 de la CN ha ampliado la legitimación activa para incoar reclamos judiciales y en sede administrativa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha regulado el *amicus curiae*. Según las Reglas de Brasilia, las barreras procesales hacen referencia a las actuaciones que afectan la regulación de los procedimientos, tanto en lo relativo a su tramitación como la relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales (art. 33). También se incluyen aquellos trámites que generan trabas o impedimentos para las personas en estado de vulnerabilidad.

reglamentado por decreto n° 1011/10 y art 20) y la evitación de pruebas innecesarias, especialmente cuando deben producirse sobre el cuerpo de la mujer (art 16 inc. j). La ley prohíbe los métodos alternativos de resolución de conflictos, expresamente la mediación (art. 28), tema cuya discusión se halla pendiente sobre todo en la agenda de la justicia penal y de familia.

La excesiva burocratización obstaculiza un pronto y eficaz acceso y el uso de un lenguaje sumamente críptico representan un obstáculo para los ciudadanos que se traduce en una dependencia absoluta en la figura del abogado. La función del acceso a la justicia se vuelve cada vez más relevante, en tanto posibilita que lo jurídico no se viva como lo ajeno, lo exterior, lo que le corresponde a los que mejor están posicionados⁵⁴.

Una barrera estructural del sistema jurídico escasamente visibilizada y estudiada es el factor tiempo⁵⁵. Al respecto la Corte Interamericano de Derechos Humanos fue sumamente dura con en los casos ‘Furlan y familiares vs Argentina’ y ‘Forneron e hija vs Argentina’⁵⁶. La demora en resolver las cuestiones sometidas a la jurisdicción es devastadora y presiona sobre los económicamente débiles (Cappelletti y Garth, 1983: 29). Funciona como condicionante subjetivo pues afecta directamente al justiciable más vulnerable, pero a la vez remite a una falla estructural de la organización judicial, por lo tanto también es un condicionante objetivo.

⁵⁴ Gargarella (2009 [2001]) ha trabajado el fenómeno de la alienación legal en situaciones de extrema pobreza y Cárcova (2006 [1998]) ha indagado sobre los efectos de la ignorancia de la ley y su contrapartida contenida en el art 20 del CC que dice: ‘La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley’. Los efectos de la obligación de conocer el derecho tienen implicancias directas en las personas más vulnerables, que coincidentemente son quienes menos participan de la elaboración de las normas (sea por problemas de representación o de hegemonía) y más la sufren. En el mismo sentido Robles (2011) entiende el desconocimiento del derecho como un caso de denegación de justicia. Consideramos entonces al art 20 CC como una de las tantas ficciones legales.

⁵⁵ Las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de las tutelas efectivas tiene que ver con garantizar eficazmente los derechos de las personas y de colectivos discriminados, como c afectados derechos de incidencia colectiva o que impactan en un número indeterminado de sujetos.

⁵⁶ Respecto del tiempo que insumen los procesos judiciales y sus efectos, puede verse Ciocchini en Gonzalez, 2013. Al respecto disponibles <http://www.cij.gov.ar/nota-10853-El-CIJ-publica-la-sentencia-de-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-en-el-caso-Furlan-y-Familiares-vs.-Argentina.html> y <http://revista.cpacf.org.ar/Revista007/Jurisprudencia%20Rev%2007/Forneron.pdf> recuperados el 28 de junio de 2014.

Arazi⁵⁷ se hace eco de esta barrera y agrega para argumentar a favor de los cambios necesarios en una futura reforma al procedimiento civil (Arazi, 2013) las referidas a la excesiva burocratización, la insuficiencia de recursos humanos y tecnológicos, la necesidad del expediente digital entre otras modificaciones que propenderían a mejorar el acceso a la justicia.

En el caso de mujeres en situación de violencia de género, víctimas en causas del derecho penal, algunas soluciones procesales que impactan en el tiempo y que abrevian los plazos procesales que requiere la tramitación de un proceso judicial pueden ser perjudiciales. Las normas que regulan los medios alternativos de resolución de conflictos o la institucionalización del principio de oportunidad, solucionan el problema del tiempo y la sobrecarga de trabajo de las oficinas judiciales, pero no suelen advertir la asimetría de poder entre los involucrados⁵⁸ ya que la víctima no si no está debidamente asistida y contenida seguramente no estará empoderada para concurrir a juicio en igualdad de condiciones.

Por su parte, las barreras socioculturales hacen referencia a la información con que cuentan los individuos sobre cuestiones jurídicas, es decir sobre su cultura jurídica. Santos la ha definido

como el conjunto de orientaciones hacia valores e intereses que configuran un patrón de actitudes frente al derecho y a los derechos, y frente a las instituciones del Estado que producen, aplican, garantizan o violan en derecho y los derechos (...) por otro lado, la cultura jurídica reside en los ciudadanos y en sus organizaciones, y en este sentido es también parte integrante de la cultura de la ciudadanía (Santos, 2009:116).

⁵⁷ Aunque el autor no aborde el tema desde la perspectiva de género, las medidas anticipadas y las cautelares innovativas tanto como las preventivas o inhibitorias que desarrolla en el artículo citado, son perfectamente aplicables al problema del acceso rápido y seguro de las mujeres a la justicia, sobre todo cuando deben solicitar una orden de protección, alimentos, expulsión del cónyuge, ex pareja de la vivienda, restricción de acercamiento etc. La ley las denomina medidas preventivas urgentes en el artículo 26.

⁵⁸ Como dice Santos (2009:124) una vez que el problema es sometido a un determinado mecanismo de resolución, es transformado y procesado según las posibilidades de ese mecanismo.

Sin embargo, la relación entre acceso a la justicia y cultura jurídica no puede entenderse por fuera de una comprensión amplia de la cultura política de una sociedad, donde muchas veces las personas más que ciudadanos son clientes cautivos del político de turno.

Como consecuencia de estas barreras muchas personas por su condición de vulnerabilidad son pobres legales, es decir personas que no pueden utilizar las normas, las instituciones del Estado u otros mecanismos alternativos para ejercer sus derechos y/o solucionar conflictos, en ese sentido es que resulta aplicable los distintos elementos del componente político-cultural del que habla Facio (1999).

Si bien el conocimiento de los derechos no garantiza la efectividad en el cumplimiento de los mismos, la ignorancia al respecto conlleva su incumplimiento total⁵⁹. Como dice Santos (2009:121) el hecho de que sea reconocido el daño, la vulneración, la violencia o la discriminación; no acarrea que el litigio surja inevitablemente o más ampliamente que las personas busquen ayuda en oficinas u organismos estatales.

Por ello, cuando se busca a través de los mecanismos de acceso a la justicia disminuir las desigualdades en el uso de la administración justicia debe atenderse al distinto umbral de percepción, de evaluación y de

⁵⁹ Entre las barreras más significativas dentro del plano sociocultural están las lingüísticas (asociadas a las barreras procedimentales). “El lenguaje jurídico utilizado, que con sus tecnicismos y especialidad se presenta como una barrera lingüística, donde el lenguaje innecesariamente complejo que se utiliza condiciona a las personas, generando miedo y desconfianza en el sistema judicial, e impide su participación directa en el conflicto y en su solución” (MJy DDHH, 2012: 21). Si cambiamos la dimensión del lenguaje por la del discurso jurídico y lo caracterizamos como han hecho Entelman (1982) o Ruiz (2000) las mujeres y otros grupos vulnerables o en situación de opresión se hallan más visiblemente en desventaja. Una perspectiva fructífera para analizar los condicionamientos subjetivos en el acceso a la justicia la provee Santos (2009:120). Este autor dice que hay grupos sociales que cuentan con mayores herramientas o capacidad para advertir, identificar y reaccionar ante una injusticia. Si bien hay factores asociados a la personalidad, es posible rastrear factores sociales tales como la clase, el sexo, la escolaridad, etnia y edad. Rescata la importancia de la interrelación de estos factores ya que de ella depende transformar una experiencia de injusticia en un litigio. En el caso de mujeres en situación de violencia, la transformación de esa experiencia en un reclamo que -como el judicial- se hace en el ámbito público, suele traer aparejados otros problemas, normalmente vinculados a la transgresión de mandatos familiares, a la dependencia socio-afectiva con el compañero golpeador pero a la vez proveedor económico, entre otros inconvenientes.

identificación del daño, es decir de la capacidad de sopesar las consecuencias del acceso.

Para el caso de mujeres en situación de violencia, es posible que en el caso de tener básicos conocimiento del derecho que las asiste (aunque sea una mínima cultura legal), también especulen sobre la efectividad del uso del derecho. En ese sentido, se pronuncia Larrauri (2008) cuando dice que no es coherente que se le pida a la mujer que denuncie la situación de maltrato y que confíe en el sistema penal, si luego éste no atiende sus necesidades⁶⁰. Esto también se relaciona con la desconfianza en el sistema judicial.

El informe de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre ‘Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas’ tiene ha dicho que

La CIDH observa con especial preocupación la baja utilización del sistema de justicia por parte de las víctimas de violencia contra las mujeres y su persistente desconfianza en que las instancias judiciales sean capaces de remediar los hechos sufridos. Entre las razones acreditadas se encuentran la victimización secundaria que pueden recibir al intentar denunciar los hechos sufridos; la falta de protecciones y garantías judiciales para proteger su dignidad, seguridad y privacidad durante el proceso, así como la de los testigos; el costo económico de los procesos judiciales; y la ubicación geográfica de las instancias judiciales receptoras de denuncias. De la misma manera, la CIDH destaca con preocupación la falta de información disponible a las víctimas y sus familiares sobre la forma de acceder a instancias judiciales de protección y el procesamiento de los casos. (parag. 172).

⁶⁰ Para ver cómo la policía proceso los requerimientos de las mujeres en situación de violencia puede verse la película ‘Te doy mis ojos’ (España, 2003), para ver cómo discrimina en sistema de administración a las mujeres cuando cometen delitos puede verse ‘El secreto de Vera Drake’ (Gran Bretaña, 2004), para ver cómo la administración de la seguridad social destrata a mujeres pobres puede verse ‘Momentos que duran para siempre’ (Suecia-Dinamarca, 2008).

Entre las barreras al acceso están las económicas, tal vez las más amplia y estudiadas. Hacen referencia a la creencia que la pobreza es causa de exclusión judicial y de criminalización. Además, se articula con la creencia de los altos costos de los procesos judiciales y terminan operando como una profecía autocumplida. También deben incluirse entre estos obstáculos los costos de traslados y el lucro cesante, en algunos casos hasta la pérdida de empleos de baja calificación y/o de extrema informalidad, para la participación en el proceso judicial.

Como dicen Cappelletti y Garth (1983) los costos económicos presionan sobre los más pobres. La situación económica afecta diferencialmente a ricos y pobres y se constituye en una desventaja personal de estos últimos, máxime si son mujeres, ya que todas las sociedades modernas occidentales muestran una progresiva feminización de la pobreza y una asignación desigualitaria de recursos económicos y de propiedad. Una vez más se muestra el carácter relacional del género: mujeres en desventaja con los varones y mujeres ricas aventajan a mujeres más pobres.

Desde lo estrictamente judicial, la defensa pública⁶¹ asume una importancia fundamental ya que si bien se disponen mecanismos para superar estas barreras, su implementación es insuficiente. En ese sentido se puede mencionar al beneficio de litigar sin gastos previsto en los códigos procesales civil y comercial de Nación y las provincias; el beneficio de gratuidad regulado en las leyes de procedimiento laboral y lo que prevé al respecto la ley de Contrato de Trabajo (art. 20) como asimismo numerosas disposiciones sobre inembargabilidad (de cosas, bienes y salarios) como también la garantía de acceso a la justicia contenidas en la ley de derechos del consumidor.

El art 16 de la ley n° 26.485 prevé disposiciones sobre el acceso a la justicia de mujeres en situación de violencia de género mediante el

61 Para los retos que desafían los esquemas tradicionales de organización de una defensa pública con perspectiva de género puede verse Lopez Puleio (en Birgin y Gherardi, s/f, 239-267 disponible en http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/Perspectiva_de_genero.pdf recuperado el 3 de marzo de 2012.

patrocinio gratuito y especializado, aunque lamentablemente estos dispositivos no han sido puestos en funcionamiento, dando cuenta del déficit estructural de acceso a la justicia de mujeres⁶².

Como se dijo precedentemente, aquí puede repasarse la utilización de las categorías propuestas por Facio (1999): al nivel del componente formal-normativo, en La Pampa la ley n° 2.574⁶³ organiza la defensa pública gratuita en lo penal y en lo civil. La ley garantiza el patrocinio letrado gratuito irrestricto a los imputados de delitos, casi en su mayoría varones; mientras que en el fuero civil se requiere cumplir ciertos requisitos para ser patrocinado gratuitamente. No se cumple con lo dispuesto por del art. 16⁶⁴ de la ley n° 25.485.

⁶² Dado su reciente implementación, no se cuenta con datos de cómo ha impactado en el acceso a la justicia la creación del servicio de asistencia a la víctima en la Oficina de Atención a la Víctima y al Testigo, organismos previsto por la ley Orgánica de Poder Judicial y que cuentan con un equipo técnico. Además, aún no se ha cubierto el cargo de Fiscal de género, dado que el primer concurso convocado al efecto ha quedado vacante. Estas cuestiones dan cuenta de la subsistencia de barreras procesales en el acceso a la justicia de mujeres.

⁶³ La ley n° 2.574 es la ley orgánica del Poder Judicial de La Pampa. El art 101 de la ley establece las modalidades y requisitos de la intervención de la defensa pública gratuita civil y de familia. En lo laboral se encuentran las asesorías de las Delegaciones de Relaciones laborales que intervienen en lo judicial y extrajudicial ya que la defensa pública gratuita no interviene como tampoco lo puede hacer en lo contencioso-administrativo conforme el artículo 110.

⁶⁴ Artículo 16: Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado; b) A obtener una respuesta oportuna y efectiva; c) A ser oída personalmente por el juez y por la autoridad administrativa competente; d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte; e) A recibir protección judicial urgente y preventiva cuando se encuentren amenazados o vulnerados cualquiera de los derechos enunciados en el artículo 3° de la presente ley; f) A la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones; g) A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa; h) A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización; i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos; j) A oponerse a la realización de inspecciones sobre su cuerpo por fuera del estricto marco de la orden judicial. En caso de consentirlas y en los peritajes judiciales tiene derecho a ser acompañada por alguien de su confianza y a que sean realizados por personal profesional especializado y formado con perspectiva de género; k) A contar con mecanismos eficientes para denunciar a los funcionarios por el incumplimiento de los plazos establecidos y demás irregularidades.

En la relación de fuerzas al interior de la organización judicial se visualizan los derechos y se ponen en práctica garantías para imputados y niños/niñas⁶⁵ (art. 102 parag. c ley n° 2574), pero discriminatoriamente no para mujeres víctimas de violencia de género⁶⁶ quienes necesitan urgentemente el patrocinio gratuito para constituirse en querellantes⁶⁷, lo que demuestra cómo opera el componente estructural del derecho y da cuenta de lo difícil que resulta compatibilizar los derechos de unos con los derechos de otros para alcanzar el supuesto carácter universal, progresivo e indivisible de los derechos humanos.

La defensa pública civil cuenta en la provincia con menos funcionarios que la defensa pública penal (art. 100 ley n° 2.574). La ley n° 2.574 dispone ciertos límites para la actuación oficiosa y gratuita de los/as defensores/as civiles en razón de monto y la materia⁶⁸.

En otro orden de cosas, las barreras geográficas se relacionan con las distancias físicas que deben atravesar las personas hasta los organismos judiciales (tribunales, defensorías, oficinas públicas), en especial en las zonas rurales y/o marginales de las grandes ciudades, que fue un punto señalado en el Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará. Asimismo, deben considerarse como una barrera geográfica, para las personas con algún tipo de discapacidad física, las estructuras edilicias no accesibles para todos. También se debería incluir la distribución del espacio de los edificios judiciales que siempre respetan

⁶⁵ La Resolución Defensoría General 1 /14 del 11 de febrero de 2014.

⁶⁶ Al efecto de nada sirve que la Defensoría General haya creado un Observatorio de Género (Resolución 1/11 del 3 de junio de 2011).

⁶⁷ Conforme ley 2655 de la provincia de La Pampa.

⁶⁸ Artículo 104.- A excepción del fuero penal, los funcionarios del Ministerio Público de la Defensa, actúan en calidad de abogados apoderados o patrocinantes de las personas que acrediten no contar con medios económicos suficientes para acceder a la jurisdicción, trámite que se inicia con una declaración jurada suscripta por el interesado ante el Defensor, en la que consta el requerimiento, los bienes e ingresos con los que cuenta y la conformación del grupo familiar. También se encuentran inhibidos de demandar al Estado en causas contencioso-administrativas. Este déficit no se cubre con la actuación de ningún otro funcionario.

necesidades y accesibilidad⁶⁹. A veces no se necesita tener discapacidad para ver obstaculizado al tránsito por tribunales, basta ir con un carrito de bebé para dimensionar las barreras arquitectónicas presentes en los edificios. Las mujeres cuentan los relatos de violencia de género delante de sus hijos porque normalmente los tribunales no disponen de espacios de cuidado para niños mientras los y las litigantes hacen gestiones y trámites.

En ese sentido, la distribución territorial de los servicios del Poder Judicial de la provincia de La Pampa deja mucho que desear. La provincia es extensa y está dividida en cuatro circunscripciones judiciales con cabeza en Santa Rosa, General Pico, General Acha y Victorica. Si bien la ley orgánica del Poder Judicial contempla la creación de juzgados regionales letrados, solo hay uno funcionando en la última localidad mencionada, y cada vez tiene menos casos patrimoniales dado que la competencia en razón del monto quedó desfasada por la inflación y el cese de la convertibilidad⁷⁰.

Lo mismo ocurre con las defensorías públicas previstas en la misma ley y que no cuentan con presupuesto para ponerse en marcha. Aquí, como puede observarse, se hallan involucrados los tres poderes del estado y se superponen las barreras económicas de los litigantes más pobres con las demás barreras. Se apela al discurso de los derechos pero en la realidad no se proveen suficientes garantías para su cumplimiento⁷¹.

Es importante destacar que los problemas que implican las barreras para el acceso a la justicia se presentan de manera relacionada y superpuesta en las situaciones concretas donde las personas tienen grandes dificultades para cuando necesitan acceder a la justicia, y este no-acceso se debe a un entramado de múltiples obstáculos personales e institucionales.

⁶⁹ A veces no se necesita tener alguna discapacidad para ver obstaculizado al tránsito por tribunales, basta ir con un carrito de bebé para dimensionar las barreras arquitectónicas presentes en los edificios.

⁷⁰ Esto hace que los juicios de más de \$100.000 tramiten en Santa Rosa.

⁷¹ Ejemplo de la dificultad de garantizar derechos a sectores vulnerables es el caso de Victorica no cuenta con Cámara Gesell para tomar declaración a niños/niñas víctimas de delitos sexuales. No tiene asesor de menores y los órganos de apelación o impugnación están en Santa Rosa.

Sin perjuicio de que este apartado ha desarrollado casi con exclusividad el acceso a la justicia entendido como acceso a la administración de justicia y a los tribunales, ese no es el sentido de los estudios antes mencionados que toman en su integralidad este concepto.

4.3.Implementación de medidas especiales

En este acápite se desarrolla muy brevemente el concepto de acciones positivas articulando estas ideas con lo referido a las violencias de género y el acceso a la justicia.

En principio cabe advertir que -como otros conceptos- resulta dificultoso dar una noción unívoca acerca de las medidas especiales. Así lo admite la propia Recomendación General n° 25 en el Pto 17 de CEDAW que dice:

En los trabajos preparatorios se utilizan diferentes términos para hacer referencia a las medidas especiales de carácter temporal que se prevén en el párrafo 1 del artículo 4. El mismo Comité, en sus recomendaciones generales anteriores utilizó términos diferentes. Los Estados Partes a menudo equiparan la expresión ‘medidas especiales’ en su sentido correctivo, compensatorio y de promoción con las expresiones ‘acción afirmativa’, ‘acción positiva’, ‘medidas positivas’, ‘discriminación en sentido inverso’ y ‘discriminación positiva’. Estos términos surgen de debates y prácticas diversas en diferentes contextos nacionales. En esta Recomendación general, y con arreglo a la práctica que sigue en el examen de los informes de los Estados Partes, el Comité utiliza únicamente la expresión ‘las medidas especiales de carácter temporal’, como se recoge en el párrafo 1 del artículo 4.

Barrère Unzueta (s/f:13/14) advierte que

sólo hay un punto de acuerdo entre todos los contendientes: denominar acción positiva a las medidas o planes vinculados de un modo u otro al derecho (particularmente al producido por los poderes ejecutivo y legislativo) destinados a hacer desaparecer la desigualdad entre los

grupos. El precio del acuerdo es, obviamente la vaguedad del concepto (desde el tipo de medidas, pasando por su vinculación con el derecho, hasta la percepción de la desigualdad). Teniendo en cuenta esta vaguedad y que las disputas que se originan a partir de la misma traslucen distintas concepciones de la justicia social, así como ideas distintas para llevarla a cabo, se puede comprender que resulte un empeño inútil, además de falaz, ofrecer un concepto integrador de la acción positiva⁷².

En realidad, para Balaguer (2005) las medidas especiales consisten en una de las varias técnicas para la protección de la igualdad de género de acuerdo a la evolución del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE): la discriminación indirecta, la inversión de la carga de la prueba y las acciones positivas. Para detectar si hay discriminación de género se requiere constatar -con el uso de estadísticas u otro método- que la legislación afecta mayoritaria y negativamente a las mujeres⁷³.

Cuando se utiliza un factor sospechoso para fundar una norma, política pública o para justificar la gestión organizacional en una empresa privada, quien lo aplica debe demostrar que ese factor (sexo, género, orientación sexual, edad, discapacidad, origen racial o nacional, opinión

⁷² Mientras en Estados Unidos se utiliza la expresión *affirmative action*, en Europa se llaman acciones positivas. El término discriminación inversa es criticado por tener una excesiva carga peyorativa según autoras como Kemelmajer (s/f) y Barrère Unzueta (s/f). La dispar opinión sobre la terminología que se emplea para denominar este tipo de medidas, no menoscaba el alcance ni la finalidad que las acciones positivas pueden tener. Con esta advertencia, revisamos las formulaciones y conceptos que algunos autores relevantes han dado el problema, las objeciones de constitucionalidad y las justificaciones que se han esgrimido para defender este tipo de medidas. El Glosario Europeo de Género define las acciones positivas como: Medidas dirigidas a un grupo determinado, con las que se pretende suprimir y prevenir una discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras existentes denominadas a veces "discriminación positiva. (http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/celter/glosario_genero.htm#A) consulta del 11/01/12.

⁷³ De allí que se reclame la construcción de estadísticas con perspectiva de género y que en nuestro país haya quedado plasmado en la ley 26485.

política, maternidad, etc.) no causa discriminación⁷⁴ ya que el test de constitucionalidad es más estricto.

Las medidas de acción positiva tienden en general a superar la desigualdad histórica de los grupos desaventajados, intentan favorecer a algunos colectivos sociales discriminados con la finalidad de su integración y tienen carácter colectivo, es decir no están dirigidas a individuos en particular (Balaguer, 2005).

Para otra autora (Rodríguez, 1994:79), las acciones positivas “...pueden ser definidas como un programa público o privado diseñado para igualar las oportunidades de admisión para los grupos históricamente desaventajados, tomando en consideración aquellas mismas características que han sido usadas para negarles un tratamiento igualitario”.

El objetivo de este tipo de medidas es generar una sociedad en la cual cada sujeto reciba igual respeto y se reduzca la discriminación. Sea que las medidas especiales consistan en cuotas o en objetivos lo importante es que se incrementa la proporción relativa de miembros de los diferentes grupos en posiciones que les permiten obtener ciertos beneficios y tomar ciertas decisiones (Rodríguez, 1994)⁷⁵.

Según Kemelmajer (s/f) las acciones positivas se caracterizan por referirse a un tipo de desigualdad (sexo, raza o similares) debido a que esos rasgos son transparentes e inmutables para las personas que los portan; se trata de medidas que intentan revertir la situación de un grupo o colectivo social, no siendo de su estructura el logro de un beneficio particular. Otra característica es que se dan en escenarios de escasez de bienes y recursos

⁷⁴ En el caso Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo S.A el Tribunal aplicó la regla de inversión de la carga probatoria, es decir la empresa demandada era quien debía demostrar que no discriminaba a las mujeres. Ver J.A 2003-II-415.

⁷⁵ En el caso de las cuotas electorales, Cenicacelaya (2007) resalta la discordancia entre la consagración legal de los derechos políticos de las mujeres y las barreras que aún subsisten para la plena participación. Es por ello que justifica que la implementación de medidas de acción positiva entre las que se encuentran: ... los sistemas de “cuotas” o “cupos” electorales se han visto como una herramienta capaz de superar la infrarrepresentación de las mujeres en los parlamentos y, por ende en déficit democrático en nuestras sociedades. Estos mecanismos de “discriminación inversa”/“acciones afirmativas”/“acciones positivas” procuran corregir desigualdades y desventajas de siglos.

materiales o simbólicos. Sin ellas la posible neutralidad de la ley o de la política pública termina representando una toma de posición para mantener el estatus discriminado del grupo.

A nivel internacional el carácter temporal y provisorio de medidas especiales a favor de las mujeres está contemplado en el art. 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y se relaciona con la evaluación periódica que deberían hacerse de los marcos legales en que las acciones positivas se ponen en marcha. Si como hemos sostenido, las posiciones sociales y la identidad de las mujeres cambian, puede ocurrir que el trato diferencial previsto en las medidas de acción positiva ya no se justifique, bien porque la misma cumplió su objetivo igualitario, bien porque se requiere otra medida.

Las medidas especiales no sólo son materia de variadas recomendaciones de los Comités de los organismos internacionales, también constituyen una exigencia pues son mecanismos que permiten el cumplimiento de las obligaciones que asumen los Estados⁷⁶.

⁷⁶ Por razones de espacio no se puede desarrollar las objeciones a las medidas especiales, aunque una política pública que implementa medidas especiales para mujeres u otro grupo, tiene que tener en cuenta las manifestaciones de aquellos que están en contra. Han sido numerosas y diversas las objeciones para denostar la puesta en marcha de acciones positivas. Paralelamente se han desarrollado argumentos a su favor. Están quienes -emparentados con el liberalismo político- sostienen que las categorías sospechosas (raza, sexo, nacionalidad, origen, orientación sexual, discapacidad, edad o cualquier otra condición) no son válidas para discriminar ni a favor ni en contra. El problema es que los grupos oprimidos no tienen oportunidad en el sistema político de revalorizar la diferencia por la cual son discriminados porque están fuera de los mecanismos de representación, es decir no constituyen una masa crítica que tenga voz en los procesos de toma de decisión. Otro argumento que se ha planteado es aquel que sostiene que la discriminación no se soluciona mirando hacia el pasado. Esta idea ha sido rebatida por las nuevas concepciones del derecho antidiscriminatorio que, como hemos apuntado sólo requiere que objetivamente aquella se produzca. Es cierto que los culpables de las discriminaciones pasadas pueden no tener nada que ver con las actuales; ni tampoco ser las mismas, las personas que la sufren, pero también es cierto que sin medidas de este tipo es poco probable que quien esté en una situación de privilegio haga algo por cambiar la posición de los marginados. Tal vez el argumento más difícil de rebatir sea el fundado en la idea de que las medidas de acción positiva trastocan el sistema de méritos en que se asientan las sociedades modernas y su implementación supone una vuelta a los sistemas de adscripciones. Este argumento resulta un tanto falaz porque desconoce que quienes logran méritos suelen estar en el grupo aventajado. Por otra parte, olvida el problema de las opciones y condicionamientos a que están sujetas las personas en general y más marcadamente los grupos marginados. Un sistema democrático no se sostiene solamente en base al mérito también está asentado en criterios de justicia. El mérito no es absoluto, puede ceder a favor de otros criterios de

5. Palabras de cierre

En este artículo se ha repasado someramente varios temas interrelacionados. Los estudios de género sumados a los críticos han denunciado el carácter sesgado de los derechos humanos pensados para un sujeto blanco, burgués, propietario, católico/protestante, adulto y occidental cuyo modelo teórico es el aportado, entre otros, por Marshall (2005). Esas han sido las características del ciudadano de la modernidad, esa modernidad que gestó los procesos de las grandes codificaciones que ahora están siendo conmovidos por su desfasaje con la realidad.

Nada es más molesto que aquello que perturba la paz y las seguridades obtenidas. De allí que las mujeres, los negros, los indígenas, los niños/as, los ancianos, los homosexuales, los migrantes despierten tanta curiosidad e interés como aberración y discriminación. Sujetos abyectos, humillados, eludidos/elididos aparecen una y otra vez.

Si bien, desde el regreso de la democracia a nuestro país en 1983, se ha avanzado en la formalización de más derechos y subjetividades, también es cierto que la inclusión de los grupos subordinados se dio y se sigue dando en contextos de tensión entre las políticas de redistribución (que tienden a la igualdad) y las políticas de reconocimiento⁷⁷ (que tienden a resaltar la diferencia) con el posible efecto funcional para el patriarcado que los grupos oprimidos fragmenten y balcanicen sus reclamos.

No por nada, después de la devastación de los '90 en la Argentina la doctrina de los autores ha estudiado los modos en que pueden empezar a ser

justicia como la igualdad de oportunidades (Kemelmajer (s/f), incluso pueden combinarse. En condiciones de desigualdad estructural es poco probable que los individuos del grupo discriminado alcancen niveles competitivos para adquirir posiciones según su mérito, por lo cual son plenamente aplicables las medidas de acción positiva. En el caso, cabría preguntarse quién dice qué es el mérito y si quienes lo alcanzan pertenecen al grupo que los define.

⁷⁷ Para ver la discusión acerca de género como concepto ambivalente entremedio de las políticas de distribución y las de reconocimiento, puede verse Fraser, Nancy (1996): "Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia de género" RIFP/8 disponible en http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:filopoli-1996-8-822568E8-D884-BC64-274D-3C464F9C410B/redistribucion_reconocimiento.pdf consulta del 26 de agosto de 2012 pp. 18-40.

garantizados los derechos humanos con perspectiva de inclusión social⁷⁸ y los/as procesalistas cada vez con mayor preocupación han revigorizado los desarrollos de la teoría procesal⁷⁹ para hacer el tránsito desde las márgenes hasta los derechos menos terrible y más adaptada a las diversas realidades y necesidades de los distintos grupos sociales, procurando que los procedimientos den cuenta del pluralismo de nuestra sociedad.

En el caso de las mujeres, tanto en lo que respecta a sus intereses de género que son aquellas preocupaciones prioritarias que las mujeres pueden desarrollar en virtud de la posición social y que adoptan de acuerdo a sus atributos de género como las necesidades de género que son los medios por los cuales tales preocupaciones son satisfechas, el sistema jurídico en todos sus niveles o componentes aún tiene muchas deudas pendientes.

Las condiciones discriminatorias con que las mujeres acceden a sus derechos y al sistema de administración de justicia en nuestro país participan de las mismas críticas que las denunciadas por la organización de los Estados Americanos para el resto del continente en el Doc. 68 de 2007 y más recientemente han sido lamentablemente reiteradas por el Segundo Informe Hemisférico de MESECVI.

No siempre el interés por las reformas tiene en cuenta el *mainstreaming* de género y las recetas de los organismos internacionales no son siempre compatibles con las idiosincrasias locales.

Las discriminaciones de *iure* subsisten en numerosas leyes y normas mientras que las de *facto* persisten en las prácticas de los operadores.

Al menos en la provincia de La Pampa las violencias de género se reducen y simplifican a la violencia familiar y doméstica. La ley es escasamente invocada cuando ocurren otros tipos y modalidades de violencias. Tal vez por eso los operadores jurídicos socializados para el litigio

⁷⁸ Puede verse, Gargarella, Courtis, Abramovich, Pautassi, Santos entre otros. También el reconocimiento de que es necesaria la interdisciplina ante tanta complejidad.

⁷⁹ Los desarrollos teórico-procesales que han tenido las medidas cautelares y los procesos colectivos en nuestro país y la región demuestra esta preocupación. Lo mismo puede decirse de los ingentes esfuerzos puestos en los desarrollos e investigaciones sobre el acceso a la justicia.

interindividual y patrimonialista de alcance particular al caso concreto no se vean interpelados por realidades diversas de quienes penosamente acceden a una justicia que los enajena.

Hubo jueces que establecieron la culpa concurrente en casos de daños y perjuicios derivados de la violencia intrafamiliar entre la víctima y su victimario. Dijeron que la víctima se puso en la situación de agravación de daño, que dio la ocasión como reza una sentencia confirmada por la Cámara de Apelaciones⁸⁰. La perspectiva de género y conceptos tan básicos como el denominado “ciclo de la violencia” que atrapa a la víctima y la deja inerme ante su agresor o el “síndrome de la mujer golpeada” que explica por qué la víctima se identifica con su agresor son conceptos que están ausentes en el análisis de los casos. El propio Estado provincial se defendió en otro caso diciendo que el asunto es privado⁸¹ a pesar que está obligado a no perpetuar estereotipos de género según el art. 2 inc e de la ley n° 26.485, a no revictimizar según el art 2 inc k. En estos casos urge repensar los postulados clásicos de la responsabilidad civil.

En la provincia, ningún juez ha ordenado al Estado que implemente políticas públicas para niños/niñas en situación de vulnerabilidad, tampoco en casos extremos como el abuso sexual, claro ejemplo de violencia de género y de adultos hacia menores⁸².

El reflejo de la importancia que tienen para el Estado las reiteradas recomendaciones de organismos internacionales acerca de recopilar y sistematizar información sobre violencia de género, lo demuestra el caso de las estadísticas de femicidio. En Argentina no las recopila ni elabora el

⁸⁰ Sentencia ‘Requelme, Osmar Antonio c/Provincia de La Pampa S/ Daños y Perjuicios’ (Expte. N° 15699/09 de Cámara de Apelaciones de Santa Rosa recuperado de <http://www.jusonline.gov.ar/Jurisprudencia/textos.asp?id=9193&fallo=true&op=3&Texto=#> el 8 de diciembre de 2013. También puede verse los casos Quiñoñes de Córdoba, ava Morales de Entre Ríos, Martinez, Abraham de Salta.

⁸¹ Causa ‘R., D. N y otros c/ Provincia de La Pampa s/ daños y perjuicios’ del Juzgado Civil y Comercial n! 4 de Santa Rosa cedida a la autora por informante clave.

⁸² Hay que reconocer que el litigio de interés público es de reciente uso en nuestro país y debe aún estudiarse su impacto. En la provincia ha habido casos de litigios que han derramado impacto en varios derechos: a la información, al medio ambiente, pero no conozco ninguno de carácter estructural sobre violencia de género.

INDEC sino Casa del Encuentro⁸³, pero cuando salen estadísticas de costos de vida de actores privados o del cualquier opositor, el gobierno se encarga de desmentirlos.

En el ámbito del mercado de trabajo o de la participación política y social, las mujeres llegan rápidamente al “techo de cristal” y quedan atrapadas por más tiempo en el “piso pegagoso”, ideas que remiten a los límites de la agencia femenina en condiciones estructurales de discriminación. Las medidas especiales del art 4° de CEDAW están escasamente desarrolladas en el país. A excepción de los cupos electorales y sindicales —estos últimos no se cumplen— no hay políticas de igualdad con *mainstreaming*.

A pesar de tantas limitaciones lentamente se van abriendo paso discursos más sensibles a los derechos de las mujeres. Los últimos pronunciamientos que conocemos y que por su valor jurisprudencial y moral deben ser estudiados y difundidos entre los operadores y apropiados por la comunidad, son los casos F.A.L y Sisnero.

El mensaje de estos casos puede ser interpretado como un avance hacia la implementación interinstitucional de políticas públicas (art 7 inc d), art 9) y la necesidad de consolidar la construcción de indicadores de progreso en materia de derechos de las mujeres, a la vez permiten el involucramiento de la sociedad civil en el problema del acceso a la justicia de grupos afectados por discriminación estructural.

Como dice Dubet (2011) hoy la lucha pasa por resolver la tensión entre dos modelos de igualdad: la igualdad de posiciones o lugares y la igualdad de oportunidades. En todo caso hay que repensar la justicia social,

⁸³ La Casa del Encuentro se fundó el 4 de octubre del año 2003 con el fin de diseñar un proyecto feminista por los derechos humanos de todas las mujeres, niñas, niños y adolescentes. Tiene tres pilares fundamentales, lo político, lo social y lo cultural desde la autonomía de pensamiento, acción y palabra. Ante la ausencia de estadísticas oficiales sobre Femicidios en Argentina la Asociación Civil la Casa del Encuentro en el año 2008 produce el primer Informe de Femicidios en Argentina. Disponible en http://www.lacasadelencuentro.org/quienes_somos_esp.html recuperado el 21 de noviembre de 2014.

y para ello no puede quedar afuera la mitad de la población mundial, es decir las mujeres.

6. Referencias bibliográficas

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2006). El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Estudios del Puerto. Buenos Aires.

Abramovich, Víctor (2006). “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera pública”. En Birgin, Haydeé, Kohen, Beatriz (2006). Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Buenos Aires: Biblos, pp. 59-82.

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comp.) (2009). La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comp.) (2010). La medición de derechos en las políticas sociales. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Arazi, Roland (2013). “Instituciones que necesariamente debe contemplar una reforma procesal”. En Revista INFOJUS. El proceso Civil en tiempos de cambio. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires, pp.3-18.

Balaguer, María Luisa (2005). Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género. Madrid: Ediciones Cátedra.

Barrère Unzueta, María de los Angeles (s/f). “Problemas de derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”. Disponible en <http://www.uv.es/CEFD/9/barrere3.pdf> consulta del 28/07/2011.

Bergallo, Paola (2013). Entrevista en Revista INFOJUS. Disponible en http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=revistas. Consulta del 15 de marzo de 2013.

- Berizonce, Roberto Omar (2009). "Virtualidad y proyecciones del movimiento de acceso a la justicia". En Revista Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Cultura Jurídica N° 6 La Plata, pp 31-41.
- Bergoglio, María Inés (2010). "Reforma judicial y acceso a la justicia: reflexiones a propósito de la evaluación de la mediación en Córdoba, Argentina". En Boueiri Bassil, Sonia: (2010). El acceso a la justicia. Contribuciones teórico-empíricas en y desde países latinoamericanos. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Dyckinson pp. 49-70.
- Bergoglio, María Inés, Gastron, Andrea y Sagués Silvana (2011). "La investigación sobre la Administración de Justicia". En González, Manuela G. y Lista, Carlos A (coords.) (2011). Sociología Jurídica en Argentina. Tendencias y Perspectivas. Buenos Aires: Eudeba, pp.53-84.
- Birgin, Haydeé y Gherardi, Natalia (coord.) (s/f). "La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales". Colección Género, Derecho y Justicia. N° 6. Disponible en <http://www.equidad.scjn.gob.mx> Consulta del 03/03/2012.
- Birgin, Haydeé, Kohen, Beatriz (2006). Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Buenos Aires: Biblos.
- Botassi, Carlos A. (2009). "El acceso a la justicia en el proceso administrativo bonaerense". En Revista Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Cultura Jurídica. N° 6. La Plata, pp. 43-56.
- Bourdieu, Pierre y Gunther Teubner (2000). La fuerza del derecho. Bogotá: Siglo del Hombre Uniandes.
- Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant (1983). "El acceso a la justicia". La Plata. Colegio de Abogados.
- Di Liscia, M. H. B., Zandrino, M. E., Domínguez, M. M. (2009). Ciudadanía y derechos de las mujeres. Conceptos introductorios y propuestas de actividades. Santa Rosa: Edulpam.

- Dubet, Francois (2011). *Repensar la justicia social*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Entelman, Ricardo y otros (1982): *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*. Buenos Aires: Hachette, pp.83-109.
- Entelman, Ricardo (2006). “Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra”. En Enrique Marí y otros. *Materiales para una teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: LexisNexis, pp 209/220.
- Facio, Alda (1999). “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”. En Facio, Alda y Fries, Lorena (1999). *Género y Derecho*. Santiago de Chile, La Morada: Lom/American University, pp.99-135.
- Fernandez Valle, Mariano (2013). “El sistema internacional de derechos humanos en clave antidiscriminatoria. Reglas comunes y obligaciones estatales”. En Nicole Lacrampette P. (Editora). *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*. Universidad de Chile Facultad de Derecho Centro de Derechos Humanos, pp. 113-145.
- García Muñoz, Soledad (2001). “La progresiva generización de la protección internacional de los Derechos Humanos”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num2/notas/progresiva-generizacion-proteccion-internacional-derechos-humanos> recuperado el 12 de marzo de 2013
- Gerlero, Mario S. (2011). “Derecho, Género y Sexualidad” en Gonzalez, Manuela G. y Lista, Carlos A. (2011): “Sociología jurídica en Argentina. Tendencias y perspectivas” Eudeba Buenos Aires págs 85/117.
- Gherardi, Natalia (2009). “La administración pública y el acceso a la justicia: una oportunidad para la materialización de los derechos sociales” en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (comp) (2009). *La*

- revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos. Buenos Aires: Editores del Puerto, pp. 243-277.
- Gonzalez, Manuela G. y Lista, Carlos A. (2011). Sociología Jurídica en Argentina. Tendencias y perspectivas. Buenos Aires: Eudeba.
- Gonzalez, Manuela y Salanueva, Olga (2009). “Las mujeres y el acceso a la justicia”. En Revista Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Cultura Jurídica, N° 6, La Plata, pp. 91-107.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (s/f): “Las acciones positivas”. Disponible en <http://www.juecesparalademocracia.es/revista/revista%2> Consulta de 13/02/2012.
- Lamas, Marta (1986). “La antropología feminista y la categoría ‘género’” en Revista Nueva Antropología. Nov, año 7. Vol VIII, n° 30. Universidad Nacional Autónoma de México. Pp.. 173-198. En <http://redalyc.uaemex.mx>. Consulta del 23 de agosto de 2012.
- Lamas, Marta (1994). “Cuerpo. Diferencia sexual y género” en Debate Feminista. Año 5. Vol 10, setiembre 1994, pp. 3/29.
- Lamas, Marta (2000). “Género, diferencia de sexo y diferencia sexual”. En Alicia Ruiz (comp.) (2000). Identidad femenina y discurso jurídico. Buenos Aires: Biblos, pp 65-84.
- Larrauri, Elena (2008). “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia y algunas respuestas del derecho penal”. En: Lorenzo Copello et al coord. Género, Violencia y Derecho. Buenos Aires: Del Puerto Editores, pp. 249-262
- Lista, Carlos A. (2011). Los pobres y el acceso a la justicia. La Plata: Edunlp.
- Lista Carlos A. (2009a). “El acceso a la justicia y el derecho a la diversidad sexual, de género y sexualidad”. En Revista Derecho y Sociedad. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. N° 6, pp. 41-168.

- Lista, Carlos A. (2009b). "Heteronomía versus autonomía: el derecho, moral pública y homosexualidad en los noventa". En Gerlero, Mario Silvio (coord-comp) (2009). Derecho a la sexualidad. Buenos Aires: David Grinberg Editor, pp. 217-253.
- Lista, Carlos A. y Begala, Silvana (2000). "Marginalidad social y jurídica: condicionamientos objetivos y subjetivos al acceso a la justicia de los pobres urbanos de Córdoba". En Actas del Primer Congreso de Sociología jurídica. La Plata, pp. 251-265.
- Maffía, Diana (2011). "Violencia y lenguaje: de la palabra del amo a la toma de la Palabra". En Discriminación y género. Las formas de la violencia. Ministerio Público de la Defensa. Defensoría General de la Nación Buenos Aires, pp 67-72.
- Marshall, Thomas .H. y Bottomore, Tom (2005). Ciudadanía y Clase social. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJ y DDHH) (2012). "El Acceso a la Justicia como Política Pública de alcance Universal. Acceso a la Justicia para Todos." Disponible en http://www1.infojus.gov.ar/libros/ld00014-ediciones_infojus-acceso_justicia_como_politica.htm;jsessionid=ssfzbbhi0zhc1hvpho3a6nu2u?0. Consulta Agosto 2013.
- Robles, Diego A. (2011). "El acceso a la justicia. Aspectos teóricos, implicancias prácticas". En Salanueva, Olga y Gonzalez, Manuela (2011). Los pobres y el acceso a la justicia. La Plata: Edunlp, pp. 57-85.
- Rodriguez Alzueta, Esteban (2011). "Los vecinos de Las Rosas y sus estrategias securitarias". En Salanueva, Olga y Gonzalez, Manuela (2011). Los pobres y el acceso a la justicia. La Plata: Edunlp, pp. 113-144.
- Rodríguez, Marcela (1994). "Sobre la constitucionalidad de la cuota mínima de participación de mujeres en los partidos políticos". En Maffía,

- Diana Helena y Kuschnir, Clara (1994) (coords). Capacitación Política para Mujeres: Género y Cambio Social en la Argentina actual. Buenos Aires: Editorial Feminaria, pp. 76-104.
- Ruiz, Alicia (2000). “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”. En Birgin, Haydée (2000). El derecho en el género y el género en el derecho. Buenos Aires: Editorial Biblos, pp. 19- 29.
- Ruiz, Alicia E. C. (2006). “Aspectos ideológicos del discurso jurídico (desde una teoría del derecho)”. En Materiales para una Teoría Crítica del Derecho. 2º edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp 99-139.
- Salanueva, Olga y Gonzalez, Manuela (2011). Los pobres y el acceso a la justicia. La Plata: Edunpl.
- Santos, Boaventura de Sousa (2009). Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid: Trotta-Ilsa.
- Scott, Joan W (1999). “El género: una categoría útil para el análisis histórico”. En Navarro, Marisa y Catharine R. Simpson (comps.) (1999). Sexualidad, género y roles sexuales. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, pp. 37-75.
- Smart, Carol (2000). “La teoría feminista y el discurso jurídico”. En Birgin, Haydeé (2000) (comp.). El Derecho en el Género y el Género en el Derecho. Buenos Aires: Editorial Biblos, pp. 31-71.
- Tarres, María Luisa (2001): “De la necesidad de una postura crítica en los estudios de género” en Revista La Ventana. Jalisco, México: Universidad de Guadalajara, n° 13, vol II, julio 2001, pp. 107-136.
- Young, Iris Marion (1996). “Vida política y diferencia de grupo: una crítica del ideal de ciudadanía universal”. En Carme Castells (1996). Perspectivas feministas en teoría política. Barcelona: Paidós Ibérica, pp. 99-126.

LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA AGENDA PÚBLICA: DE LA NORMATIVA A LA OPERATIVIDAD EN EL ÁMBITO PROVINCIAL

Abog. Claudia Alejandra Machado

Abog. Anabel Surín

1. Introducción

Han transcurrido ya cinco años de la entrada en vigencia de la Ley Nacional n° 26.485 de ‘Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en todos ámbitos en que desarrollen sus relaciones personales’. Si bien quienes nos desempeñamos como operadores en el campo jurídico o social y trabajamos en la problemática de la violencia de género conocemos su existencia y contenido; advertimos que los principios de la ley no se corresponden con los resultados obtenidos en este tiempo ni con una creciente aplicación de la normativa.

En nuestro país el desarrollo de los derechos humanos y los derechos de las mujeres en particular tuvieron un gran impulso con la reforma de la Constitución Nacional en 1994, esto originó múltiples normas que fueron configurando un corpus normativo que amplió el catálogo de derechos existentes. La creciente visibilización del colectivo de mujeres resignifica la concepción formalista de la ciudadanía y por ello es necesario hacer hincapié en el acceso efectivo a los derechos como derecho humano fundamental.

En lo que respecta a la implementación de políticas públicas, el art. 7 de la ley n° 26.485 establece que los tres poderes del Estado, sean

nacionales o provinciales adoptarán las medidas necesarias y ratificarán en sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones. Además prevé una serie de principios rectores que deben garantizarse para el cumplimiento de los fines de dicha ley.

La hipótesis planteada es que el Estado Provincial de La Pampa a través de sus políticas públicas no garantiza el pleno acceso a los derechos previstos por las normas vigentes lo que conlleva la perpetuación de la discriminación contra las mujeres y mantiene el desfasaje entre lo que prescribe la ley y lo que sucede en la realidad.

Problematizamos la manera en que se formulan, diseñan e implementan las políticas públicas a nivel local, teniendo en cuenta el conjunto de normas jurídicas vigentes, más particularmente la ley n° 26.485 y su adhesión en la provincia (ley n° 2.550).

Por un lado, se analizarán someramente las diversas normas provinciales que delimitan las funciones del Ministerio de Bienestar Social, a la vez presentaremos algunos extractos de entrevistas realizadas a profesionales que trabajan en dicho Ministerio, las cuales permiten acercarse a la existencia o no de políticas públicas diseñadas desde la perspectiva de género y el cumplimiento de los principios rectores enumerados por la ley n° 26.485.

Por otro lado, se analizarán las políticas públicas de la provincia de La Pampa en el área de los Derechos Sexuales y Reproductivos, desde las propuestas del Ministerio de Educación, ya que resulta importante hacer hincapié sobre la evolución que ha tenido la ley n° 26.150 sobre Educación Sexual Integral.

Por otra parte, haremos una aproximación al debate de la ley n° 26.150 presentando algunos puntos de las principales discusiones.

2. Breves aproximaciones. Marco teórico

Debido a la complejidad de la situación social de las mujeres y las persistencias de discriminaciones de *iure* y de facto, pensamos que desde la sociología jurídica pueden ensayarse algunas explicaciones a la problemática. En tal sentido, trabajaremos con un marco teórico que incorpore la perspectiva disciplinar de la sociología jurídica utilizando los aportes que los estudios de género pueden hacer a las políticas públicas en las áreas elegidas.

En tal sentido, Bodelón (1998) afirma que:

... la sociología jurídica permite abordar las cuestiones de subordinación de las mujeres teniendo en cuenta algunos elementos que han caracterizado la tradición feminista como: la crítica de una noción esencialista y universalista del derecho, y el rechazo a un análisis que establezca principios generales basados en abstracciones opuestas a la experiencia de hombres y mujeres. La experiencia ha sido siempre el punto central para el análisis feminista y puede ser recuperado a través del análisis socio-jurídico.

De manera breve, se puede decir que género como categoría analítica es un término que fue acuñado por el movimiento feminista entre los años '70 y '80 para señalar que las diferencias entre los sexos se construyen culturalmente, históricamente, y por lo tanto, no hay roles o asignaciones que naturalmente se correspondan a lo femenino, o a lo masculino. Actualmente, comprende además las diversidades sexuales que la división binaria hombre- mujer no contempla.

En un texto clásico, Scott (1990: 44) expresa que el género debe pensarse como una categoría útil para el análisis histórico; es “un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos” y, por otro, “una forma primaria de las relaciones significantes de poder”.

En cuanto a la salud sexual y reproductiva, Fernández (2008: 299) la define como:

Un Derecho Humano básico de varones y mujeres en edad fértil. Asimismo, puede definirse como un estado de bienestar físico, mental y social, que no solo tiene que ver con la ausencia de enfermedad en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductor, sus funciones y procesos. Por lo tanto, gozar de salud Sexual y Reproductiva implica que las personas (hombres y mujeres) tenemos derecho a una vida sexual satisfactoria y sana, que incluye la libertad de reproducirnos cuando cada uno/a de nosotros lo crea conveniente.

Siguiendo a la Dra. Claudia Bonan, la idea fuerza que planteaban los feminismos era que, por medio de procesos históricos, el cuerpo, la sexualidad y la reproducción, habían sido constituidos como territorios de privación en cuanto a relación de poder para las mujeres y que...“cualquier proyecto de emancipación debería necesariamente enfrentar y desentrañar la trama de relaciones desiguales allí erigidas” (Bonan, 2003: 2). Es así la importancia que toman en esta lucha los derechos y la autonomía.

Tedeschi (269: 2009) respecto a las políticas sociales y perspectiva de género nos dice:

En sentido amplio, hacen referencia a todas las intervenciones del Estado que afectan la conformación y la estructura de la sociedad en su conjunto y de las condiciones de la vida de la población, comprendiendo aspectos de la política económica, laboral y tributaria, así como también de educación, de salud y de superación de la pobreza. (...) En toda política pública subyace un modelo de sociedad ideológicamente configurado, que determina que políticas tendrán más peso o por cuales se optará en perjuicio de otras (...) Asigna cierto espacio al Estado, al mercado y a la familia (...) La planificación con enfoque de género aporta principios, conceptos y herramientas, con el fin de que las políticas, los programas y los proyectos promuevan en su acción la equidad entre varones y mujeres.

En el mismo sentido, se dice que:

La política social es característica de los Estados modernos y opera como instrumento para minimizar los conflictos sociales e intentar un alto grado de equiparación social. Es necesario tener presente que la consideración de cuáles son las necesidades básicas de la población es tema de discusión, sin embargo podemos señalar que la salud, la educación, el trabajo y la previsión social son condiciones necesarias para evitar, o al menos reducir, la exclusión social (Soldano y Andrenacci, 2006).

Entendiendo que para el diseño y posterior implementación de políticas públicas con perspectiva de género, es necesario, desde un inicio realizar una planificación diferenciada, Berlak y Rigat (2009: 261) nos dicen:

La introducción de la perspectiva de género en la planificación estratégica implica tener en cuenta en todos los pasos del proceso de planificación que la sociedad está atravesada por la diferencia de género. Significa analizar y reconocer las jerarquías, desigualdades y el impacto diferenciado sobre varones y mujeres en el análisis de la situación problemática, en la definición de objetivos y en la elección de cursos de acción. (...) Una herramienta importante (...) es la elaboración de indicadores específicos de género, que en primer lugar apuntan a monitorear y efectuar un seguimiento del impacto de las acciones.

Todas estas contribuciones teóricas ayudarán a analizar el estado actual de la problemática que comentamos.

3. Marco normativo aplicable

En este apartado relevamos las principales normas que consagran derechos de las mujeres vigentes en el ámbito local.

En ese sentido, en 1979 se aprobó en la Asamblea General de Naciones Unidas la Convención sobre la Eliminación de cualquier forma de

Discriminación contra la Mujeres (CEDAW), cuyo objetivo es comprometer a los gobiernos firmantes a que garanticen una mayor equidad de género y aseguren la igualdad de derechos para las mujeres en todas las esferas de la vida. Se inicia con esta Convención un progresivo reconocimiento de los derechos de las mujeres y condena hacia la discriminación considerándola una violación a los Derechos Humanos.

En lo que respecta a los derechos sexuales y reproductivos, en 1984 en el IV Encuentro Internacional Mujer y Salud en Ámsterdam, grupos feministas consagraron la expresión “Derechos reproductivos”, pero fue en el año 1994 donde el concepto de “Derechos sexuales y reproductivos” se consagró institucionalmente en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo realizada en El Cairo.

Estos derechos se basan en el principio de autonomía de las personas para elegir y materializar libremente sus vidas respecto de sus capacidades reproductivas y su vida sexual; implican la libertad de ejercer plenamente su sexualidad sin peligro de abuso, coerción o violencia.

Tanto en esta conferencia internacional como en la Conferencia Internacional de la Mujer de Beijing de 1995 los derechos sexuales y reproductivos y su implicancia fueron negociados entre los grupos feministas y miembros de países con posturas más conservadoras.

En el año 1989 se firma la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). En este instrumento se reconoció, por primera vez en el ámbito internacional, el derecho a la salud de los y las niños/as, incluyendo su salud reproductiva. Este reconocimiento implica el derecho a una atención médica adecuada, confidencial y segura para las y los niños/as y obliga a los gobiernos a asegurarles el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Los niños/as tienen derecho a la educación que les ayude a aprender, desarrollar y alcanzar el máximo de sus posibilidades y prepararles para ser comprensivos y tolerantes con otras personas (art. 29 CDN).

En nuestro país, el debate político sobre los derechos de las mujeres, las violencias que las afectan y las restricciones al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos se vuelve posible con el regreso de la democracia, incorporando las demandas que durante el régimen militar se habían acallado.

A mitad de los años '80 se derogan decretos y leyes que restringían el uso de métodos anticonceptivos, invocando “razones de estado” decreto 659/74 y 3998/78 y se reconoce a las parejas el derecho a decidir libremente sobre su plan familiar, el número de hijos que quieran tener así como su espaciamiento, a través del decreto n° 2.274 del 5 de diciembre de 1986 y en los '90 se dicta la ley n° 24.417 de violencia familiar.

Este proceso de sucesiva ampliación de ciudadanía de mujeres tuvo un hito fundamental con la reforma de la Constitución Nacional que incorporó la CEDAW al ordenamiento interno y en el año 1996 ratificó la Convención de Belem do Pará. Asimismo se consagró el derecho a la salud y la igualdad de género en el art 6 de la constitución provincial reformada:

Artículo 6°.-Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. No se admite discriminación por razones étnicas, de género, religión, opinión política o gremial, origen o condición física o social. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. La convivencia social se basa en la solidaridad e igualdad de oportunidades. Las normas legales y administrativas garantizarán el goce de la libertad personal, el trabajo, la propiedad, la honra y la salud integral de los habitantes.

Volviendo a la legislación de orden nacional, la ley nacional n° 26.150 de Educación Sexual Integral sancionada en 2006 establece que todos los educandos tienen derecho a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal y establece acciones que promueve el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, destinada a todos los niveles educativos. Hasta

el momento solo algunas provincias han generados programas activos que den cumplimiento a la legislación nacional. En la Provincia de La Pampa el Ministerio de Educación creó el Programa Provincial de Educación Sexual Integral en el año 2010.

En el caso de La Pampa, la provincia ha dictado la ley 2511 de Educación, entre sus fines y objetivos de política educativa dispone que el Estado Provincial garantizará la formación integral en Educación Sexual en el marco de lo establecido en la ley nacional n° 26.150 (art 13 inc k).

Teniendo en cuenta el marco de la ley n° 26.150 que crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral en el ámbito del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, también la provincia ha acogido los Lineamientos Curriculares de Educación Sexual Integral (ESI). Se llama ESI al espacio sistemático de enseñanza aprendizaje que promueve saberes y habilidades para la toma de decisiones consientes y críticas en relación con el cuidado del propio cuerpo, las relaciones interpersonales, el ejercicio de la sexualidad y de los derechos de los niños, las niñas y los jóvenes.¹

Finalmente, la ley nacional n° 26.485 viene de alguna manera a cumplir con las obligaciones internacionales asumidas con la suscripción y adhesión a la Convención de Belem do Pará, cuando regula los distintos tipos y modalidades de violencia de género (arts. 5 y 6 respectivamente). Entre las violencias que afectan a las mujeres están la sexual y contra la libertad reproductiva, íntimamente vinculadas con la necesidad de que se provea educación sexual integral en todos los niveles educativos y de manera universal.

El art. 2° de la ley n° 26.485 establece que:

“[...]tiene por objeto promover y garantizar:...d) El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres;... g) La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia

¹http://portal.educacion.gov.ar/?page_id=57. Consultado el día 02/09/2014

en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a mujeres y/en los servicios especializados de violencia.

Y en el art. 7 establece que para el cumplimiento de sus fines los tres poderes del Estado – Nacional o Provincial- deberán garantizar los siguientes principios rectores:

- a) La eliminación de la discriminación y las desiguales relaciones de poder sobre las mujeres;
- b) La adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres;
- c) La asistencia en forma integral y oportuna de las mujeres que padecen cualquier tipo de violencia, asegurándoles el acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz en servicios creados a tal fin, así como promover la sanción y reeducación de quienes ejercen violencia;
- d) La adopción del principio de transversalidad estará presente en todas las medidas así como en la ejecución de las disposiciones normativas, articulando interinstitucionalmente y coordinando recursos presupuestarios;
- e) El incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil, comprometiendo a entidades privadas y actores públicos no estatales;
- f) El respeto del derecho a la confidencialidad y a la intimidad, prohibiéndose la reproducción para el uso particular o difusión pública de la información relacionada con situaciones de violencia contra la mujer, sin autorización de quien la padece;
- g) La garantía de la existencia y disponibilidad de recursos económicos que permitan el cumplimiento de los objetivos de la presente ley;
- h) Todas las acciones conducentes a efectivizar los principios y derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.

El Consejo Nacional de la Mujer es el órgano encargado del diseño de políticas públicas (art.8) y cuenta con diversas y amplias facultades para diseñar políticas públicas².

El artículo 10 de la misma ley, prescribe que las políticas públicas que implemente el Estado nacional deberán promover y fortalecer interinstitucionalmente a las distintas jurisdicciones para la creación e implementación de servicios integrales de asistencia a las mujeres que padecen violencia y a las personas que la ejercen, debiendo garantizar:...

- 2.- Unidades especializadas en violencia en el primer nivel de atención que trabajen en la prevención y asistencia de hechos de violencia, las que coordinarán sus actividades según los estándares, protocolos y registros establecidos y tendrán un abordaje integral de las siguientes actividades: e) Atención coordinada con el área social que brinde programas de asistencia destinados a promover el desarrollo humano.
- 3- Programas de asistencia económica para el autovalimiento de la mujer.
- 4.- Programas de acompañantes comunitarios para el sostenimiento de la estrategia de autovalimiento de la mujer.

La Pampa adhirió a esta norma a través de la ley provincial n° 2.550, sin hacer ninguna salvedad o especificación respecto de su aplicación, comprometiéndose el Poder Ejecutivo a arbitrar las medidas necesarias para hacer operativa la misma.

² Entre otras facultades el CNM se encuentran la de desarrollar programas de asistencia técnica para las distintas jurisdicciones destinados a la prevención, detección precoz, asistencia temprana, reeducación, derivación interinstitucional y a la elaboración de protocolos para los distintos niveles de atención; diseñar e implementar Registros de situaciones de violencia contra las mujeres de manera interjurisdiccional e interinstitucional, en los que se establezcan los indicadores básicos aprobados por los Ministerios y Secretarías competentes; desarrollar, promover y coordinar con las distintas jurisdicciones los criterios para la selección de datos, modalidad de registro e indicadores básicos desagregados –como mínimo- por edad, sexo, estado civil y profesión u ocupación de las partes, vínculo entre la mujer que padece violencia y el hombre que la ejerce, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados, y sanciones impuestas a la persona violenta. Se deberá asegurar la reserva en relación a la identidad de las mujeres que padecen violencias.

Teniendo en cuenta estos instrumentos normativos, en los próximos apartados se desarrollarán las facultades de los Ministerios de Bienestar Social en la implementación de políticas públicas

4. Políticas públicas en el ámbito del Ministerio de Bienestar Social

Este apartado se dedicará en primer lugar a un breve repaso de la organización del Poder Ejecutivo y sus ministerios, precisando funciones y dependencias del Ministerio de Bienestar Social. En un segundo momento, se hace un análisis de las entrevistas realizadas a operadores de la Dirección de Violencia Familiar, a fines de rescatar sus opiniones y percepciones acerca de la violencia de género.

4.1. La organización funcional del Poder Ejecutivo

Preliminarmente cabe resaltar que el art. 82 de la Constitución Provincial establece que “los negocios de la Provincia estarán a cargo de ministros secretarios, cuyo número, ramos y funciones serán determinados por ley especial” que es la ley n° 1.666 Orgánica de Ministerios.

Esta ley dispone que el despacho de los negocios de la Provincia estará a cargo de ocho Ministros Secretarios de Estado, entre ellos el Ministerio de Bienestar Social (art. 1).

En cuanto a las funciones de este Ministerio el art. 17 regula funciones genéricas como:

asistir al Gobernador de la Provincia en todo lo inherente a la política y acción asistencial del Estado en materia de protección y promoción de la institución familiar; erradicación de necesidades individuales o colectivas....”... “Promover las acciones tendientes a la protección de las familias, fomentando y coordinando las acciones del Estado, con las privadas y con las organizaciones sociales, la prevención de la desintegración de la familia...

También se prevén facultades para identificar y asistir a colectivos o grupos más vulnerables, se ocupa de los niños en varios apartados expresando que debe “Intervenir en la protección integral de la minoridad, ejecutando una prestación efectiva de un servicio de orientación, formación y capacitación de los niños/as y adolescentes en coordinación con el Ministerio de Cultura y Educación”.

El Ministerio de Bienestar Social se encarga de la problemática de los niños que infringen la ley, por ello, debe:

Promover políticas públicas para el abordaje de niños/as, y adolescentes en conflictos con la ley penal y en situación de vulnerabilidad penal”; el inc. 18) “Intervenir en la protección de la niñez en coordinación con todos los organismos públicos competentes y con el Poder Judicial.

Otro de los grupos sociales sobre los que interviene este ministerio es la tercera edad, por lo que debe “Propender al amparo integral de los adultos mayores, [...]”; el inc. 20) contempla la integración y la promoción de los derechos de las personas con discapacidad. Como se puede observar las mujeres y la violencia de género específicamente no se encuentran contempladas de manera expresa.

Entre las políticas específicas de dicho organismo, se protege la familia como institución, se visibiliza la actual problemática de los niños/as en conflicto con la ley y la importancia de que las personas con discapacidad accedan a sus derechos; se protege la ancianidad, sin embargo, no considera particularmente la violencia de género, ni fue objeto de modificación a partir de la sanción de la Ley n° 2.550 que adhiere íntegramente a la ley nacional n° 26.485.

De manera genérica entre las competencias, le corresponde al Ministerio de Bienestar Social “Fomentar las medidas que coadyuven a la convivencia pacífica de la comunidad y de los individuos, contribuyendo a la prevención de la violencia y la discriminación, en cualquiera de sus manifestaciones”. De esta manera se habla de violencia de forma genérica,

sin hacer hincapié en sus principales víctimas, ni en sus orígenes, ni en los victimarios, pareciendo de la simple lectura que no está entre las obligaciones la de promover acciones tendientes a la prevención y erradicación de la violencia de género.

Sin embargo, la problemática de las mujeres es atendida a través de la Dirección de Prevención y Asistencia a la Violencia Familiar en el ámbito provincial, dependencia encargada de la asistencia a las víctimas de violencia familiar. Como su nombre lo indica, esta oficina no se dedica a atender a víctimas de violencia de género sino principalmente toda especie de violencia que encuadre en lo que originalmente se entendió como violencia familiar.

La ley provincial n° 1.918 de Violencia Doméstica y Escolar en su artículo 1 define a la primera de ellas diciendo:

... aquellos casos en que una persona sufra lesiones o maltrato físico y/o psíquico y/o sexual y/o económico, provocado por miembro/s de su grupo familiar. También quedará comprendida... toda falta razonable de cuidado, incluyendo el abandono físico y afectivo, y la negligencia en las obligaciones de alimentación o educación obligatoria.

La ley n° 1.819 se corresponde con un primer modelo de leyes de violencia que focaliza el problema en la familia y perseguía primordialmente asistir y reforzar los lazos familiares. En cambio la ley n° 26.485 (ley n° 2.550 en La Pampa) pertenecen a un modelo distinto, en que prevalecen los derechos de las mujeres por sobre otras necesidades, entre ellas las de la familia.

En ese sentido, la Provincia no tiene en el ámbito del Poder Ejecutivo un organismo que aborde específicamente la violencia de género, lo que demuestra, al menos inicialmente, que no considera necesario una oficina que se dedique de manera especializada y únicamente al tratamiento de este tipo de víctimas, no ocurriendo lo mismo en lo que hace

a la discapacidad o a la niñez y adolescencia, que cuentan con las respectivas Direcciones.

El hecho de reducir la violencia de género a la violencia intrafamiliar o, peor aún, confundir una con otra, pudo ser confirmado en las tres entrevistas a profesionales que se desempeñan en la Dirección de Prevención y Asistencia a la Violencia Familiar en esta oficina.

4.2. Aproximación a las opiniones y percepciones de profesionales de la Dirección de Prevención y Asistencia a la Violencia Familiar del Ministerio de Bienestar Social

En el marco de la investigación, se propuso realizar, al menos, cinco entrevistas a personas que se desempeñan en la Dirección de Prevención y Asistencia a la Violencia Familiar del Ministerio de Bienestar Social Provincial.

Así nos encontramos con que dentro del organigrama de dicho Ministerio existen tres Subsecretarías: De Desarrollo Humano y Familia; De Juventud, Deportes, Recreación y Turismo Social; De Política Social y dentro de éstas sus respectivas Direcciones.

Dentro de la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia hay cuatro Direcciones: De Niñez y Adolescencia; De Adultos Mayores; De Discapacidad; y la Dirección de Prevención y Asistencia de Violencia Familiar, que se ocupa de la temática en estudio.

A través de un informante clave pudimos tomar conocimiento, antes de contactar a los entrevistados, que la atención que reciben las víctimas, al menos, la primera vez, la hacen dos profesionales de manera conjunta, frecuentemente una de las psicólogas y la trabajadora social; y en aquellos casos en que es necesario el asesoramiento jurídico, se llama para que intervenga el abogado de la repartición.

Se entrevistaron hasta el momento tres profesionales –identificados como E1, E2 y E3- que se desempeñan dentro del organismo, de entre 36 y

48 años, que hace más de 7 años que trabajan allí. Las entrevistas se realizaron durante el mes de Agosto de 2014.

A los efectos de tener una aproximación al estado actual de la implementación de las políticas públicas y por razones de espacio disponible en este trabajo se ha focalizado sobre algunas de las repuestas brindadas por los entrevistados:

a).- ¿Qué organismos se encargan, dentro del MBS, del acceso de las mujeres a sus derechos? ¿Cuál aborda la problemática de la violencia de género?

b).- ¿Qué medidas se han tomado para implementar la ley N° 26.485?

c).- ¿Existe en el MBS un registro de los casos de violencia de género? ¿Llevan alguna estadística?

Con respecto a la primera pregunta los entrevistados respondieron:

E1: “Si es que eh... en realidad haber... no hay ningún organismo específico encargado de garantizar el acceso de las mujeres a sus derechos, eh... se supone que todos, los distintos organismos que forman parte del Ministerio deben garantizar el acceso de todas las personas (pone énfasis en estas últimas palabras) al ejercicios de sus derechos, independientemente del género eh... digo no tiene el Ministerio ninguna... como si tienen otras provincias, como si tiene por ahí el municipio no tiene una Dirección de Género o una Secretaría de Género o Subdirección de Género, o sea que organismo específico no hay ninguno [...]”

De esta respuesta surge que la atención que se hace desde la Dirección de Prevención y Asistencia de Violencia Familiar no está dirigida a las víctimas de violencia de género exclusivamente, sino que el entrevistado pone énfasis en que debe garantizar el acceso a los derechos de todas personas desde el Ministerio, independientemente de su género.

Otra de las personas entrevistadas dijo:

E2: “[...] así que dentro del Ministerio hay sectores que... donde se busca empoderar a la mujer eh... en relación de que pueda cumplir con... con sus derechos y después específicamente para lo que es la violencia de... de género bueno organismos como lo es la Dirección de Violencia Familiar es todo el trabajo sí? [...] en otros momentos tuvimos talleres de... de mujeres que habían sido víctimas de violencia de género eh... en este momento no,... no los estamos implementando [...]”

Una vez más, demuestra que no hay directivas específicas dentro de la institución en cuanto al abordaje de la problemática a partir de la incorporación de la ley n° 26.485 a través de la sanción de la Ley provincial 2550. Se sigue que actualmente se hacen menos actividades por las mujeres que antes, ya que como explicaba la entrevistada esos talleres o grupos no se están realizando.

La última de las entrevistadas dijo:

E3: “[...] se van viendo desde los distintos lugares y dentro de lo posible lo más articuladamente posible el trabajo con las mujeres en la vulneración de sus derechos o para...para fortalecerlas en los que necesiten en el momento... Violencia de Género puntualmente nosotros, en lo que es los tratamientos y la asistencia directa psico- socio- legal es lo que nosotros tenemos para ofrecerle a las víctimas y al grupo familiar también”.

En cuanto a qué medidas se han tomado para implementar la ley n° 26.485, los entrevistados manifestaron:

E1: “[...] Bueno en realidad no es finalidad, no es función de este organismo implementar la ley, la ley existe tiene vigencia y se tiene que aplicar, eh... lo que nosotros si hacemos es tratar de... de concientizar ... y tratar de sobre todo a los organismos judiciales no?, eh... tratar de.. hemos tenido discusiones internas porque yo creo que la ley 26485 es una ley importante, es una ley importante, que es importante que exista fundamentalmente porque bueno implica un reconocimiento de parte

del Estado de... de sus falencias en el... en el trato igual no? Entre hombres y mujeres, pero es una ley muy declarativa, muy declamativa, es muy difícil, es de muy difícil implementación en la práctica, eh... por ahí es una discusión bastante más jurídica, pero digo... es una... como expresión de deseo está fantástica ahora llevarla a la práctica.. genera muchas dificultades... no obstante en la provincia se está utilizando bastante eh... pero sobre todo se está utilizando para la adopción de medidas, que tampoco era necesario aplicarla porque para eso existen otras leyes que están vigentes también... pero bueno eh... y también la...la intención que tiene y esto sí es una decisión política que tiene esta Dirección y el Ministerio de que esta ley no es excluyente ni invalida la aplicación de la ley provincial de violencia familiar, que también alguna discusión también se ha dado en su momento”

En la reflexión del entrevistado se puede advertir el alcance limitado que en la práctica tiene la Ley 26.485. Se la utiliza únicamente para solicitar medidas ante los Tribunales de Justicia y su tarea pareciera ser concientizar al Poder Judicial, como si la problemática se resolviera totalmente en ese espacio.

Asimismo caracterizar a la ley como “muy declarativa” permite presuponer que no hay desde el Estado Provincial una voluntad política clara de operativizarla. En el entrevistado resalta que dicha ley no es excluyente de la ley provincial n° 1.918 sobre Violencia Doméstica y Escolar, norma a la que los operadores están muy apegados pero que invisibiliza la perspectiva de género centrando la protección de la familia y no de la mujer víctima.

Otra de las profesionales dijo:

E2 “Mirá en realidad lo de la 26485 al principio tuvimos eh... reuniones con el Consejo Provincial de la Mujer para empezar como a desmenuzar en función de lo que...de.. de lo que implicaba la ley, nosotros teníamos la 1918 a la que veníamos más acostumbrados a trabajar a nivel pampeano provincial y lo que nosotros tomamos de

siempre de la ley nacional fue eh... esta cuestión más específica de desglosar la violencia, de tomar otros... estos otros elementos que la ley provincial no.. no nos otorgaba y bueno tomarla siempre como herramienta legal cuando necesitamos pelear por los derechos eh... de una mujer, si? Que a veces si bien la ley 1918 para nosotros es una ley muy valiosa, como que se quedaba corta... entonces es empezar a utilizarla cuando pedimos una medida de protección por ejemplo, empezar a incluirla y decirle bueno... “y en el marco de la 26485 pedimos tal y tal medida” mmm? Pero fue incorporarla, fue más amplio, fue todo una movida más importante, bien de violencia contra la mujer eh... y bueno ahí fuimos instrumentándola, la fuimos incorporando también a las capacitaciones que damos eh... [..]”

De este modo, la entrevistada vuelve a destacar la trascendencia de la ley en cuanto a las medidas que se pueden solicitar judicialmente, las medidas que se verían facilitadas por la aplicación de la ley n° 26.485. Esta profesional advierte que la ley desglosa la violencia, haciendo alusión seguramente a los tipos de violencia y modalidades; y de esta manera la circunscribe en lo que hace a la aplicación a este espacio. Sin embargo reconoce que fue una “movida más importante”, sin poder mencionar otros aspectos, derechos de las mujeres víctimas de violencia y obligaciones que asume el Estado.

E3: “Nosotros en realidad... este... la 26.485 la trabajamos obviamente porque tiene que ver con lo que es la violencia contra la mujer pero con la 1918 ya teníamos implementadas bastantes de las cuestiones que plantea la 26485 como ser las medidas autosatisfactivas y de protección eh... que generalmente es lo que más utilizamos y lo que más le pedimos a los Defensores que apliquen para con... con las mujeres y también para con sus niños porque si no es una forma de rodeo de seguir ejerciendo violencia, lo que generalmente más utilizamos es eso, está bien que la 1.918 eh... estaba circunscripta exclusivamente al ámbito doméstico o familiar y la 26.485 amplia pero como nosotros somos violencia familiar, más allá de que por ahí tenemos algún, alguna

intervención así no, no demasiado profunda porque bueno, lo que nos involucra es específicamente la violencia familiar ”

Esta última profesional entrevistada confirma lo que se venía analizando: el enfoque de la ley exclusivamente en la importancia de las medidas de prohibición de acercamiento cuya solicitud podían hacer a través de la ley provincial n° 1.918.

Respecto de la tercera pregunta ¿Existe en el Ministerio de Bienestar Social un registro de casos de Violencia de Género? ¿Llevan alguna estadística? Los entrevistados contestaron:

E1: “De todas las situaciones internas obviamente que se llevan legajos, lo que nosotros no hacemos son registros de casos de violencia de género eh... llevamos estadísticas pero bueno lamentablemente los últimos años eh... el registro de estadísticas que llevamos es bastante... bastante flojo por decirlo de alguna manera [...] cuando nosotros llevábamos registros y de hecho cuando por ahí hacemos alguna evaluación parcial de ... de las situaciones no las dividimos por violencia de género, la dividimos en función de la atención que nosotros tenemos, fundamentalmente la dividimos en maltrato infantil y en violencia conyugal, la violencia conyugal el 95% de las veces es violencia de género porque en realidad no tenemos muchos registros de situaciones en las que los hombres sean víctimas de violencia conyugal pero nooo [...] si yo te tuviera que dar un registro estadístico hoy te tendría que decir no, además tampoco está muy actualizado o por ahí uno hace un recuento así medio a las apuradas cuando alguien... cuando alguien del Ministerio le pide o cuando uno tiene que por ahí pedir más recursos entonces uno quiere hacer notar la posibilidad y la necesidad frente a la cantidad de trabajo [...]”

Como se advierte, tampoco se llevan registros ni estadísticas de los casos atendidos de violencia, lo que implica que el diseño de políticas públicas no está basado en datos concretos. Aun cuando la ley n° 26.485 ordena recopilar y sistematizar información estadísticas, lejos está la

posibilidad de implementar un Registro Unificado de los Casos de Violencia de Género.

También se desprende que en el caso de necesitar hacer un recuento rudimentario de las atenciones e intervenciones que realiza la Dirección, se hace “a las apuradas” y a solicitud de alguna autoridad del Ministerio, o bien para pedir más recursos humanos, como justificativo. No existe política pública, menos aún voluntad política para cumplir con este aspecto de la norma nacional.

Otra de las entrevistadas comienza la respuesta afirmando que tienen un sistema de monitoreo manual, para posteriormente reconocer que lo que llevan son una especie de legajo personal de los casos atendidos, sin ser ello ni una estadística – que por la falta de personal han quedado en “stand by”- ni un Registro de datos. A pesar de esto, reconoce la importancia de la recolección de datos y posterior procesamiento.

E2: “Sí, sí, sí ...en realidad tenemos todo un sistema de monitoreo manual (se ríe) donde vamos anotando todo lo que vamos haciendo... hay legajos internos por un lado, para seguir ... para hacer el seguimiento de la historia [...] tenemos planillas que se van anotando día a día todas las situaciones que se van trabajando [...] está en el proyecto y está pedido como parte de la Dirección de Violencia Familiar la incorporación de otro recurso humano que tenga que ver con el manejo de las estadísticas... Si sobre todo que o sea... desde que viene Chiaparrone o Liliana Gendel eh... cualquiera de las últimas disertantes que han venido te siguen planteando y nos siguen confirmando que este pedido que nosotros hacemos no es una estupidez que se nos ocurrió, sí? Sino que tiene que ver con eh... con la necesidad de... poder planificar en función también y de poder revisar en función de lo que te da la estadística [...]Entonces bueno ese es un pedido y lo consideramos, creo que estamos todos de acuerdo, de que es fundamental, pero bueno no lo hemos podido retomar por falta de... de recursos humanos”.

La última de las profesionales fundamenta esta carencia de estadísticas y de registro en la escasa cantidad de profesionales que tuvo hasta hace poco tiempo la Dirección para toda la demanda de atenciones. Hace mención a una planilla para el registro de datos que les enviaron el Consejo Nacional de la Mujer, pero que actualmente no es utilizada.

E3: “[...] no es excusa pero esa cantidad de profesionales que te decía recién en realidad es de hace dos o tres meses, hasta hace estos dos o tres meses y durante el transcurso de dos años fuimos cuatro profesionales no? Que estábamos dedicadas a todas estas cuestiones que te digo y honestamente la estadística y el registro más allá de que nos parecen fundamentales... van quedando de lado porque te va... te digo medio abruptamente te lleva puesto la puerta y el teléfono [...] tenemos una planilla que en un momento nos dio el Consejo Nacional de la Mujer, nos la facilitó para implementar, que realmente es muy completa”.

De esta forma, parece que la nueva herramienta legal casi no reporta utilidad a los operadores de la Dirección, están acostumbrados a usar la ley n° 1.819, están familiarizados con las medidas procesales que pueden exigir al Poder Judicial, peor no sienten que la ley n° 26.485 los conmine u obligue a cambiar y empezar a trabajar con el nuevo paradigma de protección de derechos de las mujeres y con perspectiva de género.

A su vez, si bien se reconocen que pertenecen al organismo encargado de atender a las víctimas de violencia de género, centran su actividad en la violencia familiar, desatendiendo de esta manera la especificidad de violencia de género, poniendo en su foco de atención en la institución social de la familia.

5. El debate de ley nacional n° 26.150 de Derechos Sexuales y Reproductivos

Adentrándonos en el análisis de la ley, como parte del proyecto de investigación se revisan en este apartado las concepciones acerca de los Derechos Sexuales y Reproductivos que establece la ley n° 26.150 analizando los debates de los legisladores al sancionar la ley.

Cabe aclarar que durante el discusión en el recinto se produjeron polémicas discusiones en torno a dos cuestiones fundamentales: por una lado, los diputados y senadores con una adherencia religiosa plantearon el descontento con el proyecto tal como fuera presentado y posteriormente aprobado; a pesar de ello la ley no aclara cual es la importancia que se le debe dar a las creencias religiosas; por el otro lado se encontraban aquellos diputados que fundamentaron el derecho de los padres a decidir que contenidos se les impartirían a sus hijos.

En su argumentación, la diputada socialista Silvia Ausburguer citó un fallo que sostiene, en concordancia con lo que establece la Convención de Derechos del Niño, que no se puede dejar que el proceso educativo quede supeditado al exclusivo arbitrio de los padres.

Esto no significa que dentro del concepto de “comunidad educativa” previsto en la ley n° 26.150 se excluya a los padres. Por el contrario, ellos pueden y deben participar de la educación de sus hijos. Lo que no puede permitírseles es, por ejemplo, mantener la idea que se planteó en el recinto, donde se propuso que los padres que no estuviesen de acuerdo con la educación sexual, bajo una especie de “objeción de conciencia”, pudieran retirar a sus hijos de esas horas de clase. De ese modo, se estaría desvirtuando el espíritu de la Ley que pretende ser una Educación Sexual Integral transversal en todos los niveles educativos.

En tal sentido, Di Liscia (2013) dice que en el debate y de los términos utilizados para llevarlo adelante, se esbozaron dos paradigmas contradictorios para entender la sexualidad: por un lado, aquel que tiene como objetivo prevenir conductas incorrectas, es decir, el objetivo de la ley se

centra en que los educando sean provistos de conocimientos que les permitan evitar los embarazos no deseados, el contagio del VIH/ SIDA y demás enfermedades de transmisión sexual, acompañado por una perspectiva moral que propicia una sexualidad responsable. Este paradigma es el que triunfa en la letra de la ley.

Por otro lado, están aquellos legisladores que esbozaron los conceptos de sexualidad plena como componente del desarrollo de la personalidad. Esta postura, despojada de toda moral religiosa, no fue acogida en el recinto.

Esta autora agrega (Di Liscia, ob.cit) que luego de ocho años de sanción de la ley, la implementación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral es parcial y fragmentada, a pesar de que desde el Ministerio de Educación Nacional se han elaborado materiales de estudio para adaptar los contenidos, se intenta su distribución entre los diferentes niveles educativos, pero no se han logrado los objetivos que persigue el programa.

La aplicación y puesta en marcha se realiza de una manera lenta, ya que no se ejecuta masivamente y tampoco se da la educación docente de manera sistemática, tal como lo exigen los artículos 8 y 10 de la ley. Cabe destacar que el Ministerio de Educación de la Nación ha elaborado e impreso material para los diferentes niveles educativos. Este material didáctico tiene una concepción democrática y progresista que incluye otros géneros y la diversidad sexual, es decir no solo trata de la sexualidad heterosexual.

Los lineamientos básicos de la ley n° 26.150 son consecuentes con lo que dispone la ley n° 26.485, que ordena fomentar las investigaciones sobre violencia de género, articular contenidos básicos sobre esta problemática, promover la incorporación del tema en las currícula de formación docente y universitarias, promover la revisión de libros de textos, entre otras.

En este marco de transformaciones culturales y nuevos paradigmas de derechos humanos acerca de las violencias y los derechos sexuales y reproductivos, los docentes son actores de cuya acción depende la mejor

implementación de los programas políticos y emancipatorios contenidos en las leyes.

Resulta de suma importancia que los docentes de todos los niveles educativos comprendan y se apropien de la perspectiva de derechos y estén debidamente capacitados. Sólo así será posible avanzar en la construcción de nuevos derechos sobre todo a la hora de incorporar transformaciones centrales en cuanto a las identidades de género.

6. A modo de conclusión

Como ya se adelantó, este trabajo constituye la presentación del primer avance del proyecto de investigación, que tiene como fin indagar y analizar la institucionalización de políticas públicas con perspectiva de género a partir de la sanción de la ley n° 26.485 en la Provincia de La Pampa, de modo de establecer si ha habido alguna correlación entre las formulaciones legales y las prácticas implementadas.

Los estudios sociojurídicos ensayan algunas explicaciones al problema del avance normativo y las inercias que se producen en la comunidad que lentifican o promueven el mayor goce y acceso a los derechos.

Se han repasado someramente algunas de los principales avances legales relativos a las violencias que sufren las mujeres en razón del género y los derechos sexuales y reproductivos, las Convenciones Internacionales que reconocen y hacen visible esta problemática y brevemente se analizaron las tensiones en la sanción y puesta en marcha de la Ley 26150 sobre Educación Sexual Integral.

Tanto las leyes nacionales como las provinciales comprometen al Estado a garantizar los derechos, como a los diferentes sujetos sociales a aprender y apropiarse del ejercicio de estos derechos.

En ese sentido, estamos convencidas que uno de los espacios sociales imprescindibles para la construcción de una agenda de derechos es la propia

escuela. Se deben generar prácticas escolares que posibiliten el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos, avanzando así una mayor autonomía de las personas en las decisiones acerca de su sexualidad, géneros, y en lo concerniente a la reproducción.

No obstante la importancia de la instrumentación legal, falta recorrer un largo camino que involucre a los distintos actores sociales en este tipo de problemáticas, ya que la sola existencia de leyes no garantiza el efectivo ejercicio de los derechos.

El análisis del desarrollo de las políticas públicas dentro del Ministerio de Bienestar Social conforme a los principios y lineamientos de la Ley n° 26.485 es parcial y habilita a sostener que es baja la institucionalización de la perspectiva de género en las políticas públicas.

La opinión de los entrevistados, quienes en ningún momento hicieron mención de los principios rectores de la ley n° 26.485 y la aplicación reducida a la violencia intrafamiliar como lo hacían con la ley n° 1.918, permite conjeturar las dificultades en internalizar con perspectiva de género los derechos de las mujeres y otros sujetos.

Todo ello demuestra que lejos de alcanzar los objetivos enumerados por las leyes n° 26.485 y 26.150 falta mucho camino por recorrer para que estas normas sean efectiva y eficazmente implementadas.

Los distintos operadores involucrados como así también los docentes disponen de una información y formación que no es neutra, sino que por el contrario, va delimitando cómo pensar, actuar, preguntar y hablar de derechos.

Para revertir estas limitaciones y resistencias se debe encarar un proyecto colectivo dirigido hacia una “justicia de género” (Fraser, 1996), entendida como el reconocimiento y la redistribución de saberes y poderes sobre el propio cuerpo y el cuerpo de los/as otros/as, ya sean niños/as, adolescentes, jóvenes, un reconocimiento y redistribución que sin dudas impactarán en una mejora sustancial en el ejercicio de los derechos y en las condiciones de vida de los sujetos afectados.

7. Referencias bibliográficas

- Berlak, Miriam y Rigat, María (2009). “Planificación estratégica con perspectiva de género”. En Gamba, Susana (coord): *Diccionario de estudios de género y feminismos*. Buenos Aires: Biblos.
- Bodelón, Encarna (1998). “La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género”. Disponible en http://ddd.uab.cat/pub/worppap/1998/hdl_2072_1318/ICPS148.pdf. Consultado del 1/08/14.
- Bonan, Claudia (2003). “Derechos sexuales y reproductivos, reflexividad y transformaciones de la modernidad contemporánea”. Instituto Fernandes Figueira, Fiocruz, Brasil. (Material preparado por la autora especialmente para el PRIGEPP – FLACSO)
- Di Liscia, María Herminia B. (2013) “Identidades y Prácticas en conflicto. El Programa Nacional de Educación Sexual Integral de Argentina”, *La manzana de la Discordia*, Enero – Junio 2013, Vol. 8, No. 1, pp.67-69.
- Fraser, Nancy (1996). “Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de la justicia de género”, *Revista Internacional de Filosofía y política*. N° 8, Universidad Autónoma de Madrid.
- Montaña, Érica A. (2012), “Sexualidad -[ES]- En La Escuela: En Las Voces de sus protagonistas”, *Revista de la Escuela de Ciencias de la Educación*. N° 7.
- Vázquez, María C. – Caba, Eva (2009). “Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos en Cooperación Internacional. Guía metodológica”, España. (Documento elaborado por HYPATIA Consultoría e Intervención Social en el marco de la ejecución del Proyecto de Sensibilización y Educación para el Desarrollo “Cooperación al desarrollo en el Ámbito de la salud, los derechos sexuales y reproductivos”, par Paz y Desarrollo).

- Scott, Joan (1990). “El género: categoría útil para el análisis histórico” en Amelang, James S. y Nash Mary. Valencia: Edicions Alfons, el Magnanim.
- Soldano, Daniela y Andrenacci, Luciano (2005): “Aproximación a las teorías de la política social a partir del caso argentino” en Andrenacci, Luciano (comp.) *Problemas de la política social en la Argentina contemporánea*. Buenos Aires: Prometeo Libros – Universidad Nacional General Sarmiento.
- Tedeschi, Virigina (2009): “Políticas Sociales” en Gamba, Susana (coord): *Diccionario de estudios de género y feminismos*. Buenos Aires: Biblos.

8. Referencias normativas

Constitución Nacional.

Ley Nacional n° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Ley Provincial n° 1.918 sobre Violencia Doméstica y Escolar.

Ley Provincial n° 2.550 de Adhesión a la Ley Nacional N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

INSTITUCIONES JURÍDICAS PAMPEANAS



PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA LA PAMPA: CAMBIOS Y SU RELACIÓN CON LA SOCIEDAD CIVIL

Esp. Helga María Lell

Mgr. Edith Alvarellos

Este trabajo, que posee como finalidad explorar los cambios orgánicos en el Poder Judicial de la provincia de La Pampa, se enmarca en las tareas de desarrollo de un proyecto de investigación, acreditado en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa que pretende efectuar la reconstrucción contextualizada de la historia del organismo judicial provincial.

En esta oportunidad, se exponen brevemente los cambios que acaecieron en el organigrama a partir de su creación. Para ello, la metodología, precisamente, implica indagar en los cambios orgánicos conforme los organigramas publicados por la misma institución y en la legislación que los fundamenta. Dado que el último organigrama publicado data del año 2007, hasta allí se extiende el análisis. No obstante, cabe aclarar que se conocen nuevos cambios muy significativos que se han dado vertiginosamente en los últimos años, pero estos serán objeto de un análisis posterior. En particular, becarias e investigadores del equipo se encuentran desarrollando trabajos sobre estos cambios orgánicos y sus circunstancias.

1. Historia institucional

El punto de partida de nuestra investigación marco y de este trabajo en particular, lo constituye una afirmación de Zaffaroni respecto de que el

...poder judicial en general no ha sido objeto de estudios adecuados. Poco se ha reflexionado acerca de su configuración. Así como se ha discutido el presidencialismo, la representación parlamentaria, los partidos políticos, etcétera, el poder judicial ha sido subestimado por los científicos sociales, al punto que carecemos de estudios desde la perspectiva de la sociología, de la ciencia política e incluso de la historia (Zaffaroni 2011: 520-521).

El carácter institucional del Poder Judicial de la provincia de La Pampa es innegable. Por nuestra parte, partiremos del concepto de institución en coincidencia con Tau Anzoátegui y Martiré quienes la definen como “una ordenación parcial de la vida del hombre en sociedad, que ha llegado a un desarrollo sólido y autónomo a través de la actividad desplegada y la renovada adhesión de muchas generaciones” (Tau Anzoátegui y Martiré 2005: 36).

Ahora bien, ¿por qué un organismo se transforma a lo largo de su historia? Las instituciones como entidades abstractas pero reales que son, existen para cumplir sus fines. De allí que entenderemos, tal como lo señala un principio hermenéutico, que toda institución tiende al cumplimiento de sus propios fines y procura sus propios medios para ello (Alexy, 2003). El Poder Judicial de La Pampa posee como meta la provisión del servicio de justicia a la población provincial de manera de disminuir la conflictividad social y de proveer algún tipo de respuesta ante los casos que a él se presentan. Cabe destacar que, dado el monopolio estatal del uso de la fuerza, el rol del organismo judicial es fundamental.

En el proyecto de investigación comentado, hemos propuesto como una hipótesis que los cambios en la organización del Poder Judicial para cumplir con la administración de justicia de la mejor manera posible tienen relación con los aumentos poblacionales y su concentración/desconcentración en ciertas regiones. El relevante impacto del número de habitantes no es una exigencia novedosa puesto que el mismo nacimiento de la provincia como tal, esto es, en contraposición con su estatus de territorio nacional,

estuvo condicionado a la conglomeración de cierto número de habitantes. Por ello, en este trabajo prestaremos especial atención a la evolución poblacional provincial.

2. Situación poblacional al momento de la creación del Poder Judicial pampeano¹

Para poder comprender el contexto poblacional en el que se enmarca el nacimiento de la provincia de La Pampa como tal (1951) y el Poder Judicial como uno de los tres órganos republicanos (1954), es necesario presentar algunas cuestiones respecto de los años previos.

En 1935 se realizó un Censo Territorial en el que la población en La Pampa alcanzó los 175.077 habitantes. Para 1942, cuando el Gobierno de La Pampa, tras acudir a aportes municipales, realizó un nuevo censo de población, el resultado demostró lo que se había apreciado empíricamente: la población se había reducido a 167.358 habitantes. En las consideraciones generales se evaluaban las causas que llevaron a esta situación, repitiendo lo que los mismos colonos habían anunciado con toda claridad, casi desde el origen de la producción agrícola, a principios del siglo XX: desfavorables condiciones agroecológicas y climáticas y, principalmente, la imposibilidad de acceder a la propiedad de la tierra por parte de los colonos, lo cual les quitaba toda posibilidad de arraigo (Censo de Población 1942, La Pampa. En Dirección Estadística y Censos de la Provincia de la Pampa).

Según el Censo Nacional de 1947, La Pampa tenía 169.480 habitantes, lo cual significó una tímida recuperación, respecto de cinco años atrás. Sin embargo, ello demuestra que, a pesar del crecimiento vegetativo, la situación de emigración no había logrado detenerse. El descenso marcado

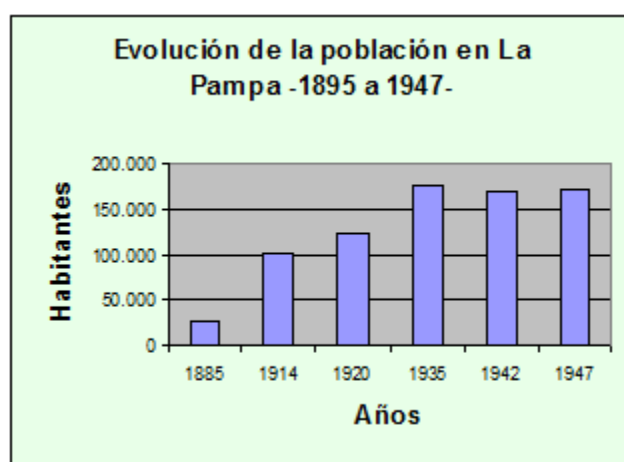
¹ Para este apartado y los siguientes se han utilizado Censo de Población 1942, La Pampa.; Censo Ganadero Provincial 1983; Censo General del Territorio de La Pampa (1942); Censo Nacional Agropecuario (1937); Censo Nacional Agropecuario (1969); Censo Nacional Agropecuario (1988); Censo'91 (1993) Censo Nacional de Población y Vivienda 1991; Censo'91. Provincia de La Pampa, Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas; IV Censo General de la Nación (1947).

de población se debió sobre todo a la emigración de agricultores arruinados, luego de más de dos décadas de trabajos en parcelas que estaban lejos de alcanzar la unidad económica, con un manejo deficiente del suelo, con monocultivo triguero e insuficientes lluvias y vientos intensos. Todo ello concurrió a producir la erosión y el desgaste de la tierra y la consecuente baja en los rendimientos. Y todavía se sumaban, para agravar el cuadro, los arrendamientos que se debían pagar y las deudas en las casas comerciales de la zona. Son numerosas, y desde distintas perspectivas, las aseveraciones que atribuyen a la concurrencia de los factores citados, la crisis y despoblamiento producido durante la década de 1930 y principios de la de 1940. Los Censos dan cuenta de este fenómeno de despoblamiento.

Evolución de la población en La Pampa – 1895 a 1947

Año	895 *	914*	920**	935**	942**	947*
Hab.	5.914	01.338	22.535	75.077	67.358	69.480

Fuente: (*) Censos Nacionales. (**) Censos Territoriales.



Araoz (1991: 50), opinaba respecto de este descenso poblacional:

La quiebra de numerosas explotaciones agrícolas, especialmente en el Sur, produjo un éxodo masivo de pobladores, que por la coyuntura de la época, engrosaron la colonización del Chaco o se orientaron hacia las ciudades, Bahía Blanca, Buenos Aires, etc.

Cuando en 1968, se instituyó el día 16 de octubre para conmemorar el nacimiento de La Pampa, teniendo en cuenta para ello, la fecha de promulgación de la ley n° 1.532 de Territorios Nacionales, el Gobernador de la Provincia –Helvio Nicolás Guozden– hacía referencia a esas emigraciones de la siguiente forma:

... pampeanos e hijos de pampeanos tienen ahora residencia en la Capital Federal y en el conurbano. No serían menos de 20.000 las personas que habitan en dicho conglomerado. Varios millares más de pampeanos tienen su domicilio en Bahía Blanca... lo propio sucede en el valle de Río Negro y también se hallan núcleos importantes de antiguos habitantes de La Pampa en poblaciones cordilleranas del sur y en otras provincias, inclusive en lugares tan distantes como Formosa y Chaco, hasta donde llegaron los hombres de la forzada emigración de los años '30 (En Diario La Capital, 18/10/68).

Es en este marco problemático respecto de la situación poblacional, que surge la hoy llamada provincia de La Pampa y, junto con ella, su Poder Judicial.

3. El nacimiento del Poder Judicial

La provincialización de lo que otrora fuera el Territorio Nacional de La Pampa constituía un reclamo de larga data auspiciado por sus habitantes que se consideraban en claras desventajas políticas y económicas respecto de los ciudadanos de las provincias argentinas. Estas manifestaciones sociales no fueron desoídas por el entonces presidente Juan Domingo Perón quien envió al Congreso el proyecto de ley para provincializar los Territorios Nacionales de La Pampa y del Chaco (Gobierno

de La Pampa s/d y Peduto 2004). Así, el 20 de julio de 1951 se sancionó la ley n° 14.037 que fue promulgada el 8 de agosto siguiente y declaró el nuevo estatus provincial en el artículo 1. Esta misma norma convocó a una Convención Constituyente (art. 3), la que, una vez reunida, sancionó la Constitución Provincial el 29 de enero de 1952. A partir de ese momento, la nueva provincia, denominada Eva Perón, por esta nombrada, nació bajo la organización de un régimen republicano con la consecuente división de poderes. En tal sentido, la Constitución Provincial de 1952 estableció una serie de preceptos en torno de la organización del Poder Judicial, de forma tal que, por primera vez, se daba forma a este órgano con facultades jurisdiccionales.

Para concretar en la realidad estas disposiciones constitucionales, en 1953, el gobernador Ananía elevó el proyecto de ley que regulaba la estructura y organización del nascente Poder Judicial, el cual fue sancionado como ley n° 21. Luego, los primeros integrantes del Superior Tribunal de Justicia suscribieron el acuerdo n° 8 que dictaminaba los términos generales para poner en funcionamiento la actividad judicial. De esta manera, el 1° de abril de 1954 comenzó a funcionar el Poder Judicial de la Provincia Eva Perón (Poder Judicial *s/d*) y se dio inicio a una historia en la cual el órgano estatal en cuestión fue objeto de múltiples transformaciones de acuerdo con las necesidades del medio social, a la par que influyó en la vida de la población. Cabe destacar que, tras el golpe de Estado de 1955, se decretó el cese de los Ministros del Superior Tribunal de Justicia y la provincia se reconstituyó bajo el nombre de provincia de La Pampa.

4. Evolución de la población

El pico de crecimiento poblacional se ubicó en 1935 (ver gráfico); luego comenzó a revertirse la situación, al producirse un constante descenso que se continuó –aun cuando se alcanzó la provincialización– durante las décadas de 1950 y 1960.

La Pampa: evolución de la población 1947-2010

Lugar	1947	1960	1970	1980	1991	2001	2010
Total País	15.893.811	20.013.793	23.364.431	27.949.480	32.615.528	36.260.130	40.117.096
La Pampa	169.480	158.746	172.029	208.260	259.996	299.294	318.951

Fuente: elaboración propia en base a Censo Nacional de Población y Vivienda 1991-INDEC y Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas -2001 y 2010.

Como se puede apreciar en el cuadro anterior, mientras en el total del país se producía un crecimiento constante –aunque moderado– de la población, en la provincia de La Pampa hubo un decrecimiento preocupante entre 1947 y 1960.

En la información censal con discriminación de todas las jurisdicciones, se observa que –unas más, otras menos– en todas ellas aumentó la población, salvo una pequeña disminución en Santiago del Estero, que descendió 2.970 habitantes entre 1947 y 1960. Si bien no llegó a tener la envergadura de lo acontecido en La Pampa, seguramente hubo fuerte emigración, toda vez que el crecimiento vegetativo no alcanzó para mostrar un signo positivo en términos absolutos de crecimiento. El número de 10.734 habitantes en menos de La Pampa para el mismo período (-6,76%), se presentaba muy desalentador, sobre todo teniendo en cuenta que la población había crecido muy rápido al comienzo de la época territorial por la fuerte inmigración, a la que se sumó luego un crecimiento vegetativo, también destacado, dado que las familias de chacareros constituían grupos familiares con varios hijos. Es evidente que en ese lapso la emigración fue muy significativa, hasta el punto que se puede hablar de expulsión de población.

¿Adónde se dirigieron los que se fueron? El crecimiento en diecinueve partidos de la provincia de Buenos Aires, que pasó de 4.273.874 a 6.766.108 habitantes, confirma lo que la bibliografía especializada refiere a la emigración desde el campo a la ciudad provocada por dos fenómenos concurrentes: la crisis de los chacareros arrendatarios de pequeñas parcelas

y el atractivo de las ISI (Industrias Sustitutivas de Importación), creciente desde la década de 1930 y promovida durante el primer gobierno de Perón.

Los datos censales muestran la reversión que comenzó a producirse entre los censos nacionales de población de 1960 y 1970, en que la población pampeana creció en un modesto 8,37%, pero continuó en esa tendencia positiva, mejorándola, según se aprecia en los censos nacionales de 1980, con un crecimiento respecto de 1970 del 21,6%, y de 1991, con un crecimiento del 24,83%, en ambos casos, superando la media nacional que fue del c.20% y del c.17% respectivamente. De allí en más fueron más modestos los porcentajes de crecimiento—que fueron del 15,12% en el lapso 1991/2001 y de 6,57% para el último período.

5. El Poder Judicial en el año 1954²

El 1° de abril de 1954 comenzó a funcionar el Poder Judicial de la provincia Eva Perón, conforme lo dispuesto por el acuerdo n° 8. El Superior Tribunal de Justicia fue creado por la ley provincial n° 21, conocida como “Ley Orgánica del Poder Judicial” (aprobada el 5 de octubre de 1953 y publicada en el Boletín Oficial el día 31 del mismo mes y año), y se conformó con cinco miembros. Los titulares de este organismo juraron el día 9 de febrero de 1954. El Superior Tribunal contó con dos salas según la temática a abordar: la Sala Primera, destinada a la materia Civil y la Sala Segunda, destinada a la materia penal. Esta organización en dos salas fue dispuesta por el acuerdo n° 3.

La Ley Orgánica del Poder Judicial antes mencionada también previó la creación de otros organismos. En la ciudad de Santa Rosa se crearon dos Juzgados con competencia en todos los fueros. Para la ciudad de General Pico se creó un solo Juzgado, también con competencia en todos los

² Para el estudio de los organigramas en este y los demás apartados (salvo para el período correspondiente a los años 2007, 2008 y 2009), hemos recurrido a Poder Judicial (s/d).

fueros. Los titulares de los tres organismos juraron en sus cargos el 9 de febrero de 1954.

Por otro lado, también se previó una Procuración General constituida por dos fiscalías, una con sede en Santa Rosa y otra en la ciudad de General Pico, y dos Defensorías, una en Santa Rosa y otra en General Pico. Todos los funcionarios juraron el 9 de febrero de 1954.

Finalmente, cabe destacar que la población pampeana en el período es de aproximadamente 169.480 personas, conforme al Censo Nacional de Población y Vivienda de 1947.

6. El Poder Judicial en los años 1955 y 1956

En el mes de septiembre de 1955, la Revolución Libertadora había instaurado la dictadura cívico-militar en la Argentina que tuvo lugar hasta 1958. En este marco, en la provincia Eva Perón se dieron por terminadas las funciones de todos los miembros del Superior Tribunal de Justicia y del Procurador General. Además, quedó sin efecto la Constitución Provincial de 1954 y se cambió la denominación de la provincia por la de La Pampa. En 1956, se redujo la composición del Superior Tribunal de Justicia: de los cinco miembros con los que contaba hasta ese momento se pasó a una composición con tres miembros. Esta modificación fue dispuesta por el decreto-ley n° 2.229 del día 9 de noviembre de 1956 (publicado en el Boletín Oficial el día 16 de noviembre de 1956). Este decreto-ley derogaba la ley n° 21. La fecha de la jura en sus de los nuevos integrantes fue el 9 de noviembre de 1956.

El resto del organigrama del Poder Judicial se mantuvo: continuaron los dos juzgados con competencia en todos los fueros en Santa Rosa y otro de igual índole en General Pico. También continuó la Procuración General compuesta por dos fiscalías y dos defensorías repartidas entre la ciudad de Santa Rosa y la de General Pico.

7. El Poder Judicial en 1963

La década de 1960 se inició en la provincia con una población de aproximadamente 158.746 habitantes, es decir, unas 16.234 personas menos que en 1947, además, entre 1962 y 1963 se interrumpió el gobierno democrático con un nuevo golpe de facto. No obstante la significativa y preocupante disminución poblacional mencionada, la estructura del Poder Judicial pampeano se complejizó levemente.

El Superior Tribunal de Justicia mantuvo sus tres miembros y su división en dos salas.

Los cambios más significativos acaecieron a nivel de Juzgados. Por decreto-ley n° 10 se crearon dos Juzgados con competencia en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería y un juzgado de Instrucción y Correccional, los tres con asiento en Santa Rosa. En este sentido, el número de juzgados aumenta en uno y hay que destacar la especialización en fueros.

Asimismo, en la ciudad de General Pico, al juzgado con competencia en todos los fueros se agregó un segundo juzgado con la misma competencia.

Los funcionarios que ocuparon sus cargos en la ciudad de Santa Rosa juraron el día 1° de febrero de 1963 mientras que los que ocuparon los cargos en los juzgados para todos los fueros n° 1 y n° 2 de la ciudad de General Pico hicieron lo propio el día 24 de julio de 1963.

8. El Poder Judicial en 1966

En 1966, se inició una nueva dictadura que tuvo lugar hasta el año 1973.

En 1966, el Superior Tribunal de Justicia mantuvo su composición con tres miembros y su trabajo en dos salas.

En lo que respecta a los Juzgados en materia Civil, Comercial, Laboral y de Minería, el estado se mantuvo, es decir, la existencia de dos juzgados de esta índole con asiento en Santa Rosa.

No obstante lo dicho, en materia penal, por ley n° 433 (sancionada el 29 de diciembre de 1965 y publicada en el Boletín Oficial el 4 de febrero de 1966) se creó la Cámara en lo Criminal con sede en Santa Rosa y compuesta por tres miembros sus titulares asumieron el 18 de febrero de 1966.

La misma ley n° 433 creó dos Juzgados de Instrucción y Correccional con sede en Santa Rosa, esto es, un juzgado más en relación con el estado anterior. El titular del Juzgado n° 1 asumió el 21 de enero de 1966 y el del n° 2 el día 3 de octubre de aquel año.

En General Pico, continuaron los dos Juzgados para todos los fueros.

En el ámbito de la Procuración General, se creó la Fiscalía de Cámara, ello, en consonancia con la creación de la Cámara Criminal, con sede en Santa Rosa y cuya primera autoridad asumió el día 11 de marzo de 1966.

Asimismo, se crearon una Defensoría Civil y una Defensoría Penal en Santa Rosa (la asunción ocurrió el día 21 de enero de 1966) y una Defensoría General en General Pico (la asunción tuvo lugar el mismo día que las de Santa Rosa).

Como puede notarse, en este período existieron diversos cambios. En primer lugar, el incremento en un juzgado y la división de la Defensoría General Civil y Penal de Santa Rosa pudieron deberse a que ya, a mediados de la década, era posible notar el incremento de la población (el censo de 1970 arrojó un total de 172.029 habitantes). En segundo lugar, la complejización de la estructura se pudo deber a requerimientos funcionales lógicos como por ej. la necesidad de contar con una Cámara del Crimen y, a su vez, con su respectiva fiscalía.

9. El Poder Judicial en los años 1969, 1970 y 1971

La década de 1970 se inició con un aumento poblacional en la provincia. El censo nacional dio como resultado 172.029 habitantes, es decir, 14.283 personas más que en 1960 y 3.549 más que en 1947 (o sea, hubo una

recuperación poblacional notoria en la última década y un crecimiento leve respecto del momento cumbre en términos de habitantes).

En el año 1969, se dictó la ley n° 491 que introdujo varios cambios en la organización del Poder Judicial y que tuvo un gran impacto sobre su estructura. En primer lugar, dispuso que el Superior Tribunal de Justicia retornara a su composición de cinco miembros. La jura de estos jueces tuvo lugar el día 16 de enero de 1969.

Pero el cambio más importante es, quizás, la creación de las circunscripciones judiciales.

En la I Circunscripción Judicial, con sede principal en Santa Rosa, se mantuvieron los dos Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, la Cámara del Crimen y los dos Juzgados de Instrucción y Correccional. En el ámbito de la Procuración General, en dicha ciudad se mantuvieron las dos Defensorías (una Civil y otra Penal), la Fiscalía de Cámara y a la Fiscalía existente se le agregó otra, creada por la ley que se comenta y cuyo titular asumió el 16 de enero de 1969. Este cambio encuentra cierta lógica en correspondencia con los dos Juzgados de Instrucción y Correccional existentes en la Circunscripción.

En cuanto a la II Circunscripción, con sede principal en General Pico, se crearon dos Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería. Las autoridades también juraron el 16 de enero de 1969.

En el ámbito penal, se creó el Juzgado de Instrucción y Correccional n° 1 cuyas autoridades asumieron el 8 de agosto de 1969. De esta manera, no solo ocurrió la necesaria especialización de fueros sino que también se agregó un juzgado.

Asimismo, se crearon la Fiscalía n° 1 (su titular asumió el 16 de enero de 1969) y la Fiscalía n° 2 (su titular asumió el 17 de noviembre de 1971, es decir, casi tres años después que el titular de la n° 1). Como puede apreciarse, se aumentó en una las Fiscalías aunque aquí no fue el correlato del aumento de Juzgados de Instrucción y Correccional.

La Defensoría General Civil y Penal se mantuvo igual.

Por otro lado, también se creó la III Circunscripción, con sede principal en General Acha. Así, se descentralizó por primera vez la administración de justicia que antes se concentraba en las dos principales ciudades de la provincia.

En dicha circunscripción se crearon un Juzgado para todos los fueros cuya autoridad asumió el 8 de octubre de 1969, una Fiscalía (las autoridades asumieron el mismo día que las del Juzgado) y una Defensoría General Civil y Penal (cuyo titular asumió el 1° de octubre de 1970, es decir, un año después).

10.El Poder Judicial en los años 1973 y 1974

En 1973, el Superior Tribunal de Justicia volvió a su composición con tres miembros por disposición de la ley n° 447. Sus autoridades asumieron el 20 de agosto de aquel año.

En la I Circunscripción Judicial se creó, por ley n° 472, la Cámara de Apelaciones, integrada por tres miembros. Los nuevos camaristas asumieron el 28 de diciembre de 1973.

El resto del estado organizativo se mantuvo, es decir, existían dos Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería y dos Juzgados de Instrucción y Correccional, una Fiscalía de Cámara, dos Fiscalías, una Defensoría Civil y una Defensoría Penal.

En la II Circunscripción judicial se mantuvieron los dos Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería y un Juzgado de Instrucción y Correccional. A ellos se agregó una Cámara del Crimen, creada por la ley n° 491, compuesta por tres miembros que asumieron el 28 de diciembre de 1973.

En el ámbito de la Procuración General se creó la Fiscalía de Cámara (ley n° 433) cuyo titular asumió el 1° de abril de 1974. Acompañó así a las dos Fiscalías y a la Defensoría General.

En la III Circunscripción Judicial no se presentaron cambios.

11.El Poder Judicial en 1978

En el año 1978, el Poder Judicial se mantuvo en su composición con tres miembros.

En la I Circunscripción, a los dos Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería existentes se suma un tercero, creado por ley n° 839 (aprobada el 25 de abril de 1985 y publicada en el Boletín Oficial el 17 de mayo de 1985), cuya autoridad a cargo asumió el 29 de septiembre de 1978. La Cámara de Apelaciones se mantuvo igual.

Asimismo, en el orden penal, a la Cámara del Crimen y a los dos Juzgados de Instrucción y Correccional se agregó un tercer juzgado, creado también por la ley n° 839 y cuyo titular asumió el 21 de julio de 1978.

En el ámbito de la Procuración General, se agregó una tercera fiscalía (creada por ley n° 839) y cuyo titular juró en el cargo el 26 de julio de 1978 (es decir, se suma a las dos fiscalías y a la Fiscalía de Cámara). Se mantuvieron las dos defensorías, o sea, la Civil y la Penal.

En total, se crearon, entonces, dos juzgados nuevos (uno en cada fuero) y una Fiscalía.

La II Circunscripción mantuvo sus dos Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería. En lo penal, continuó la Cámara Criminal y al Juzgado de Instrucción y Correccional se agregó otro de igual índole (creado por ley n° 839) cuya autoridad asumió el 28 de julio de 1978.

En la Procuración General se mantuvieron la Fiscalía de Cámara, las dos Fiscalías y una Defensoría General Civil y Penal.

En síntesis, se creó un solo juzgado nuevo.

En la III Circunscripción se mantuvo el estado organizativo: un juzgado para todos los fueros, una Fiscalía y una Defensoría General.

12.El Poder Judicial en los años 1980, 1981 y 1984

Al comenzar la década de 1980, La Pampa poseía 208.260 habitantes, es decir, 36.231 personas más que en el último censo, lo cual es un número significativo en términos de crecimiento poblacional. Quizás este dato, junto con la necesaria especialización de los fueros e instancias, sea explicativo de la paulatina creación de nuevos juzgados y organismos partícipes en la administración de justicia (en total, durante la década de 1970 se crearon: tres Fiscalías, cinco Juzgados, una Defensoría General, una Cámara de Apelaciones, una Cámara Criminal y una Fiscalía de Cámara).

En este nuevo período que se inicia en 1980, el Superior Tribunal de Justicia mantuvo su composición con tres miembros y organización en dos salas.

En la I Circunscripción Judicial, la norma jurídica de facto n° 900 agregó una segunda Cámara del Crimen, compuesta, al igual que la primera, de tres miembros. Sus titulares asumieron el 6 de mayo de 1980. Se mantuvieron los tres Juzgados de Instrucción y Correccional.

La Cámara de Apelaciones vivió una modificación en el año 1981 cuando, en lugar de tener tres miembros, pasó a componerse de cinco miembros. Esto ocurrió en virtud de lo dispuesto por la norma jurídica de facto n° 1.056, sancionada el día 16 de marzo de 1981 y publicada en el Boletín Oficial el día 27 del mismo mes.

Asimismo, se mantuvieron los tres Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería.

En el ámbito de la Procuración General, la norma jurídica de facto n° 900 agregó una segunda Fiscalía de Cámara (su titular asumió el 6 de mayo de 1980) en consonancia con la creación de la Cámara Criminal. Se mantuvieron las tres fiscalías, un Defensor Civil y, al Defensor Penal ya existente, se agregó un segundo (entró en funciones el 6 de mayo de 1980).

Es interesante destacar este último dato considerando la existencia de tres fiscales y tres Juzgados de Instrucción y Correccional³.

En la II Circunscripción se mantuvieron los dos Juzgaos en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, una Cámara en lo Criminal y dos Juzgados de Instrucción y Correccional. En la Procuración General, se mantuvo una Fiscalía de Cámara y dos Fiscales. El cambio vino con la supresión de la Defensoría General y su reemplazo por una Defensoría Civil y otra Penal, dispuesta por ley n° 839 (sancionada el 25 de abril de 1985 y publicada en el Boletín Oficial el 17 de mayo de 1985). Los titulares asumieron el día 3 de febrero de 1984.

En la III Circunscripción se mantiene el Juzgado para todos los fueros una Fiscalía. También aquí se cambió una Defensoría General por una Defensoría Penal y otra Civil, de acuerdo a lo preceptuado por la norma jurídica de facto n° 1056 (de 1981). Los titulares asumieron el 26 de abril de 1984.

13.El Poder Judicial en los años 1986, 1987 y 1988

El Superior Tribunal de Justicia mantuvo su organización con tres miembros y en dos salas.

En la I Circunscripción se mantuvo una Cámara de Apelaciones con cinco miembros, tres Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería a los que, por ley n° 762 (aprobada el 12 de julio de 1984 y publicada en el Boletín Oficial el 27 de julio siguiente), se agregaron otros dos. Los titulares asumieron el día 3 de febrero de 1986.

En el ámbito penal, se mantuvieron las dos Cámaras del Crimen pero dejan de existir los Juzgados de Instrucción y Correccional. Por norma jurídica de facto n° 988 (sancionada el día 5 de marzo de 1980 y publicada en

³ Cabe destacar, igualmente, que el trabajo de los defensores responde a distintas necesidades y a otra dinámica diferente a la de los fiscales o juzgados. No obstante, no deja de ser relevante observar cómo, al aumentar la población, es necesario aumentar el aparato inquisitorio/acusatorio sino también el que brinda asistencia jurídica defensiva.

el Boletín Oficial el día 14 de marzo siguiente) se crearon dos Juzgados Correccionales y tres de Instrucción, o sea, cinco en total (en contraste con los tres anteriores). Todos los funcionarios asumieron el 11 de noviembre de 1988 (es decir, ocho años después de la sanción de la ley que había aprobado la modificación).

En la órbita de la Procuración General se mantuvieron las dos Fiscalías de Cámara y las tres Fiscalías. En reemplazo de la única Defensoría Civil existente se crearon las Defensorías Civil n°1 y n°2. Sus titulares asumieron el día 10 de noviembre de 1986. A las dos Defensorías Penales existentes se adicionó una tercera cuyo titular asumió el 1° de septiembre de 1987. Estos cambios fueron dispuestos por la ley n° 960, sancionada el 31 de octubre de 1986 y publicada en el Boletín Oficial el 21 de noviembre de 1986.

En la II Circunscripción Judicial se mantuvieron los dos Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería. En lo penal, continuó la existencia de la Cámara del Crimen pero en cuanto a los juzgados, los dos Juzgados de Instrucción y Correccional fueron reemplazados por un Juzgado Correccional y dos Juzgados de Instrucción, conforme lo establecido por la ley n° 998 (aprobada el 21 de mayo de 1987 y publicada en el Boletín Oficial el 3 de julio de 1987). Las autoridades asumieron el 5 de julio de 1988, es decir, un año después de la sanción legislativa.

En la III Circunscripción Judicial se reemplazó al Juzgado para todos los fueros por un Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería y un Juzgado de Instrucción y Correccional. Esto fue dispuesto por la ley n° 762 (1984) y sus autoridades asumieron el día 4 de octubre de 1988, o sea, cuatro años luego de la creación normativa. Asimismo, se mantuvieron una Fiscalía, una Defensoría Penal y otra Civil.

La década de 1980 llegó a su fin con varios cambios en su organigrama. Es dable destacar que se crearon una Cámara del Crimen, una Fiscalía de Cámara, cuatro Defensorías y cinco Juzgados y se aumentó en dos la cantidad de miembros de la Cámara de Apelaciones de la I

Circunscripción. El Censo poblacional de 1991 señalaba que la población de La Pampa era de 259.996 personas. Es decir, en los últimos diez años, el número de habitantes había crecido en 51.736 hombres, mujeres y niños.

14.El Poder Judicial en los años 1989, 1990 y 1991

El Superior Tribunal de Justicia se mantuvo con tres miembros y dos salas. La I Circunscripción no experimentó cambios. Por su parte, en la II Circunscripción se creó el Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n° 3 cuyo titular asumió el 15 de agosto de 1990. Esta creación fue dispuesta por la ley n° 1118 que fue sancionada el día 24 de noviembre de 1988 y publicada en el Boletín Oficial el día 30 de diciembre de 1988.

En la III Circunscripción, el Juzgado de Instrucción y Correccional fue reemplazado por un Juzgado Correccional y por un Juzgado de Instrucción. Los titulares asumieron el día 20 de noviembre de 1989. Ello conforme lo dispuesto por la ley n° 1118.

La ley n° 998, de 1987, había establecido la creación de la IV Circunscripción. En ella, el 30 de diciembre de 1991, comenzó a funcionar la Defensoría General Civil y Penal con sede en la localidad de Victorica.

15.El Poder Judicial en los años 1992 y 1993

El Superior Tribunal de Justicia retornó a su composición con cinco miembros, ello conforme lo dispuesto por la ley n° 1407, sancionada el día 27 de agosto de 1992 y publicada en el Boletín Oficial del 18 de septiembre del mismo año. La jura en los cargos se llevó a cabo el día 1° de febrero de 1993. Al igual que en los tiempos anteriores, su funcionamiento se organizó en dos salas solo que ahora, en lugar de denominarse Sala Primera y Sala Segunda, se denominaron Sala “A” (para la materia Civil) y Sala “B” (para la materia penal). Estas se conformaron el día 1° de febrero de 1993 y la organización fue dispuesta por los acuerdos n° 1288 y n° 1291.

En la I Circunscripción se creó, mediante la ley n° 1270 (aprobada el 22 de noviembre de 1990 y publicada en el Boletín Oficial el día 21 de diciembre siguiente) el Juzgado de Familia y del Menor cuyo titular asumió el 13 de diciembre de 1993.

El resto se mantuvo igual: una Cámara de Apelaciones, cinco Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, dos Cámaras del Crimen, dos Juzgados Correccionales y tres Juzgados de Instrucción.

En la órbita de la Procuración General, se mantuvieron las dos Fiscalías de Cámara, tres fiscalías, dos Defensorías Civiles, y tres Defensorías Penales. No obstante se agregaron la Asesoría del Menor (también creada por la ley n° 1270 y cuyo titular asumió el 13 de diciembre de 1993) y la Defensoría subrogante por la provincia (creada por ley n° 1289, aprobada el día 26 de marzo de 1991 y publicada en el Boletín Oficial el día 19 de abril del mismo año) cuyo titular juró en el cargo el día 18 de febrero de 1992.

En la II Circunscripción, se mantuvieron los tres Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, un Juzgado Correccional, dos Juzgados de Instrucción y una Cámara Criminal.

En el ámbito de la Procuración General, se mantuvo un Fiscal de Cámara y a las dos Fiscalías se les agregó una tercera (su titular asumió el 5 de noviembre de 1992). Asimismo, se creó una segunda Defensoría Civil y una segunda Defensoría Penal (sus titulares asumieron el día 5 de noviembre de 1992). Todas estas modificaciones fueron dispuestas por la ley n° 1289 antes mencionada. Es decir, en total, se crearon dos Defensorías y una Fiscalía nuevas.

En la III Circunscripción judicial se mantuvo un Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, un Juzgado Correccional y un Juzgado de Instrucción. En la órbita de la Procuración General, continuaron una Fiscalía, una Defensoría Penal y otra Civil, todas con asiento en General Acha. Por ley n° 1289, se agregaron dos Defensorías Generales, una de ellas con asiento en Guatraché (su titular asumió el 1° de julio de 1992) y otra

situada en la localidad de 25 de Mayo (su titular asumió el 18 de febrero de 1992).

En la IV Circunscripción se mantuvo la Defensoría General con sede en Victorica.

16.El Poder Judicial en los años 1994 y 1995

La situación y composición del Superior Tribunal de Justicia se mantuvo.

En la I Circunscripción se mantuvieron la Cámara de Apelaciones, los cinco Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, el Juzgado de Familia y el Menor, las dos Cámaras Criminales pero a los dos Juzgados Correccionales se les agrega un tercero (creado por la ley n° 1289 y cuyo titular asume en el cargo el 23 de mayo de 1994) y a los tres Juzgados de Instrucción se les agregó un cuarto (creado por la misma ley y cuyo titular asumió el 16 de septiembre de 1994).

En el ámbito de la Procuración General se mantuvieron las dos Fiscalías de Cámara, tres Fiscalías, la Asesoría del Menor, la Defensoría subrogante por la provincia, dos Defensorías Civiles a las que se agregó una tercera (su titular asumió el 23 de agosto de 1994) y tres Defensorías Penales a las que se sumó una cuarta (su titular juró en el cargo el día 7 de marzo de 1994).

En la II Circunscripción, el día 1° de febrero de 1994 comenzó a funcionar la Cámara de Apelaciones, creada por ley n° 1198 (sancionada el 30 de noviembre de 1989 y publicada en el Boletín Oficial el día 29 de diciembre de 1989, es decir, tres años antes de la creación fáctica del organismo) con tres miembros y sede en la ciudad de General Pico.

A los tres Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería se agregó un Juzgado de Familia y el Menor (creado por la ley n° 1270, del año 1990) que comenzó a funcionar en General Pico el día 29 de septiembre de 1995.

En lo penal, se mantuvo una Cámara del Crimen, un Juzgado Correccional al que se agregó un segundo y dos Juzgados de Instrucción a los que se sumó un tercero. Los nuevos Juzgados fueron creados por ley n° 1289, del año 1991 y comenzaron a funcionar el 1° de febrero de 1994.

En la órbita de la Procuración General, se mantuvieron un Fiscal de Cámara y tres Fiscalías, dos Defensorías Civiles y dos Penales. Comenzó a funcionar, además, una Asesoría del Menor el día 29 de septiembre de 1995 (hay que destacar que fue creada, al igual que su semejante de la I Circunscripción por ley 1270, del año 1990, aunque su puesta en funcionamiento demoró más que la de su par santarroseña).

La III Circunscripción judicial se mantuvo intacta. En cambio, en la IV Circunscripción sí acaecieron cambios. Se crearon, en la localidad de Victorica, el Juzgado Regional Letrado y la Fiscalía de Citación Directa. Ambos organismos comenzaron a funcionar el 27 de octubre de 1995 y deben su nacimiento a la ley n° 1675 (aprobada el día 7 de diciembre de 1995 y publicada en el Boletín Oficial el día 15 de diciembre siguiente). Por supuesto, se mantuvo la Defensoría General Civil y Penal situada en Victorica.

17.El Poder Judicial en los años 1998 y 1999

El Superior tribunal de Justicia se mantuvo tal cual se encontraba en los últimos años.

En la I Circunscripción se creó el Juzgado en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería n° 6. Se adicionan así al estado anterior: cinco Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, un Juzgado de Familia y el Menor y una Cámara de Apelaciones, dos Cámaras del Crimen, tres Juzgados Correccionales y cuatro Juzgados de Instrucción.

En cuanto a la Procuración General, continuaron las dos Fiscalías de Cámara y a las tres fiscalías se sumó la Fiscalía n° 4 (creada por ley n° 1289, del año 1991) y que comienza a funcionar el día 6 de febrero de 1998 (es

decir, siete años más tarde de su creación normativa). Continuaron funcionando la Asesoría de Menores, tres Defensorías Civiles, a las cuatro Defensorías Civiles se les suma la n° 6 (creada por ley n° 1770, aprobada el 9 de octubre de 1997 y publicada en el boletín Oficial el día 31 de octubre del mismo año) que comienza a funcionar el 10 de junio de 1998. Asimismo, desaparece del organigrama la Defensoría subrogante por la Provincia.

La II Circunscripción se mantuvo igual. En la III Circunscripción judicial se mantuvo el Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería, el Juzgado Correccional y el Juzgado de Instrucción. En la órbita de la Procuración General, a la Fiscalía existente en General Acha se agregó una fiscalía de Citación Directa en la localidad de 25 de Mayo conforme la ley n° 1675. Estos organismos comenzaron a funcionar el día 28 de julio de 1999. Se mantuvieron, además, la Defensoría Penal y la Defensoría Civil, sitas en General Acha y las dos Defensorías Generales (una en Guatraché y la otra en 25 de Mayo).

La IV Circunscripción no vivió ningún cambio en este período.

18. Síntesis de la década de 1990⁴

La década de 1990 se inicia con, aproximadamente, 259.996 pobladores y culmina con 299.294, es decir, con 39.298 habitantes más. En este período se crearon diez Juzgados, dos Asesorías del Menor, ocho Defensorías, dos Fiscalías, una Cámara de Apelaciones, dos Fiscalías de Citación Directa, un Juzgado Regional Letrado y una Circunscripción. Además, se aumentó en dos miembros la integración del Superior Tribunal de Justicia.

⁴ El cálculo poblacional por Circunscripción es aproximado puesto que los datos censales son proporcionados por departamento completo. En cambio, las circunscripciones judiciales abarcan algunos lotes o fracciones que son restados o sumados de otras circunscripciones. En los cuadros pueden verse cuáles son los departamentos íntegros que comprendimos en cada circunscripción.

Obviamente, estos cambios no responden solo al aumento poblacional sino también a la necesidad de proveer mejores respuestas y a la menesterosa especialización de los fueros.

No obstante lo dicho, es interesante observar cómo se concentra la población en cada circunscripción.

En el año 1991, la I Circunscripción contaba con una población total aproximada de 100.132 personas en un territorio de 13.752 km². La densidad poblacional era de 7,28 habitantes por km². Conforme al censo llevado a cabo en el año 2001, la población total era de 123.039 personas en la misma superficie, lo cual equivale a una densidad poblacional de 8,95 habitantes por km². Como puede apreciarse, la cantidad de personas en esta circunscripción aumentó en 22.906 unidades.

En el período 1991-2001, en la I Circunscripción judicial se crearon cuatro Juzgados, una Asesoría del Menor, tres Defensorías y una Fiscalía.

En cuanto a la II Circunscripción, en el año 1991, poseía 92.289 habitantes y una superficie de 17.020 km². La densidad poblacional era de 5,42 habitantes por km². En el año 2001, la población total era de 105.516 personas por lo que la densidad era de 6,20 habitantes por km². La población aumentó en 13.227 personas en diez años.

En esta Circunscripción, en este período, se crearon cuatro Juzgados, una Fiscalía, una Defensoría, una Cámara de Apelaciones y una Asesoría del Menor.

La III Circunscripción judicial, en el año 1991, poseía 41.379 habitantes en un territorio de 80.347 km². La densidad poblacional era de 0,5 habitantes por km². En el año 2001, la población total era de 43.388 personas y la densidad poblacional era de 0,54 habitantes por km². El aumento total de habitantes fue de 2.009 unidades.

Durante la década comprendida entre los años 1991 y 2001, en esta Circunscripción se crearon dos Juzgados, dos Defensorías y una Fiscalía de Citación Directa.

Por último, en la IV Circunscripción, en el año 1991, vivían 25.396 personas distribuidas en 23.086 km², lo cual arroja una densidad poblacional de 1,1 habitantes por km². En el año 2001, 27.352 personas moraban en el territorio, es decir, la densidad poblacional era de 1,18 habitantes por km². El incremento de la población en el período fue de 1.956 unidades.

Cabe destacar que esta Circunscripción fue creada en esta década por lo cual no contaba con estructura previa. En este período y espacio se crearon una Defensoría, un Juzgado Regional Letrado y una Fiscalía de Citación Directa.

Departamento	Año					
	1991			2001		
	Población	Superficie en km ²	Densidad hab/km ²	Población	Superficie en km ²	Densidad hab/km ²

Total	259.996	143.440	1,8	299.294	143.440	2,1
-------	---------	---------	-----	---------	---------	-----

I Circ.

Atreucó	9.857	3.580	2,8	10.134	3.580	2,8
Capital	78.022	2.525	30,9	96.920	2.525	38,4
Catriló	6.193	2.555	2,4	6.728	2.555	2,6
Toay	6.860	5.092	1,3	9.256	5.092	1,8
Total	100.132	13752	7,28	123.038	13.752	8,95

II Circ.

Chapaleufú	9.944	2.570	3,9	10.787	2.570	4,2
Maracó	44.153	2.555	17,3	54.699	2.555	21,4
Rancul	9.943	4.933	2,0	10.648	4.933	2,2
Realicó	14.056	2.450	5,7	15.302	2.450	6,2

Trenel	5.470	1.955	2,8	5.324	1.955	2,7
Quemú Quemú	8.723	2.557	3,4	8.756	2.557	3,4
Total	92.289	17020	5,42	10.5516	17.020	6,20

III Circ.

Guatraché	9.425	3.525	2,7	9.306	3.525	2,6
Hucal	7.938	6.047	1,3	7.838	6.047	1,3
Lihuel Calel	592	12.460	0,0	547	12.460	0,0
Limay Mahuida	586	9.985	0,1	475	9.985	0,0
Puelén	6.811	13.160	0,5	7.757	13.160	0,6
Caleu Caleu	2.021	9.078	0,2	2.075	9.078	0,2
Curacó	878	13.125	0,1	886	13.125	0,1
Utracán	13.128	12.967	1,0	14.504	12.967	1,1
Total	41.379	80.347	0,5	43.388	80.347	0,54

IV Circ.

Chalileo	2.093	8.917	0,2	2.517	8.917	0,3
Chical Co	1.212	9.117	0,1	1.595	9.117	0,2
Conhelo	14.070	5.052	2,8	14.591	5.052	2,9
Loventué	8.021	9.235	0,9	8.649	9.235	0,9
Total	25.396	23.086	1,1	27.352	23.086	1,18

Fuente: INDEC. Censo Nacional de Población y Vivienda 1991 y Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001 e Instituto Geográfico Militar.

19.El Poder Judicial en el año 2001

Tal como se ha dicho anteriormente, el año 2001 se inicia con 299.294 habitantes en la provincia de La Pampa.

El Superior Tribunal de Justicia cambió en la organización de sus salas: continuaron la sala “A” (para la materia civil) y la sala “B” (para la materia penal) y a ellas se agregó la Sala Administrativa que comenzó a funcionar el día 21 de mayo de 2001 (este cambio fue dispuesto por acuerdo n° 1.743).

En la I Circunscripción no se dan prácticamente cambios. No obstante sí acaece una transformación que es de suma relevancia. Los tres Juzgados de Instrucción y los tres Juzgados Correccionales se convirtieron en siete Juzgados de Instrucción y Correccional (o sea, un juzgado más que en el estado organizativo anterior y todos con competencia en ambas materias). Esta modificación fue dispuesta por la ley n° 1906 (aprobada el día 23 de noviembre del 2000 y publicada en el Boletín Oficial el día 15 de diciembre siguiente). Los funcionarios juraron en sus cargos el día 1° de marzo de 2001.

La organización de la Procuración General se mantuvo igual.

En la II Circunscripción acaeció el mismo cambio que en la I, puesto que en lugar de los dos Juzgados Correccionales y tres de Instrucción, se crearon cinco Juzgados de Instrucción y Correccional. De la misma manera, en la III Circunscripción, en lugar de un Juzgado de Instrucción y otro Correccional, se crearon dos Juzgados de Instrucción y Correccional.

La IV Circunscripción permaneció igual.

20.El Poder Judicial en los años 2007, 2008 y 2009⁵

El Superior Tribunal de Justicia se mantuvo igual.

En la I Circunscripción, a la Cámara de Apelaciones, al Juzgado de Familia y el Menor y a los seis Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería se agregó un Juzgado de Ejecuciones, Concursos y Quiebras con asiento en Santa Rosa. Este último fue creado por la ley n° 2.403 (aprobada

⁵ El organigrama correspondiente a este período fue consultado de Poder Judicial (s/d2).

el 27 de diciembre de 2007 y publicada en el boletín Oficial el 4 de enero de 2008).

En la órbita penal, se creó el Tribunal de Impugnaciones Penales con cinco miembros que juraron en sus cargos el 26 de octubre de 2007. Este organismo fue creado por la ley n° 2297, aprobada el 9 de noviembre de 2006 y publicada en el Boletín Oficial el 24 de noviembre siguiente. Se mantuvieron las dos Cámaras Criminales y siete Juzgados de Instrucción y Correccional. Se creó, también, un Juzgado de Faltas con sede en Santa Rosa que comenzó a funcionar el 26 de noviembre de 2007. La ley que lo dispuso fue la n° 2.309, aprobada el 30 de noviembre de 2006 y publicada en el Boletín Oficial el 22 de diciembre del mismo año.

En la órbita de la Procuración General se creó la Fiscalía del Tribunal de Impugnaciones Penales (comenzó a funcionar el 7 de diciembre del año 2007 y también fue creada por la ley n° 2.297). Se mantuvieron las dos Fiscalías de Cámara y a las cinco Fiscalías existentes se les agrega una sexta (creada por ley n° 2.464, aprobada el día 11 de diciembre de 2008 y publicada en el Boletín Oficial el día 9 de enero de 2009) cuyo titular asumió el 16 de marzo de 2009.

Se mantuvieron las Defensorías Penales y a las tres Defensorías Civiles se agregó una cuarta (creada por la ley n° 2.403) que comenzó a funcionar el 23 de septiembre de 2008. Asimismo, se creó la Defensoría de Faltas (conforme a la ley n° 2.309) que comenzó a funcionar el día 26 de noviembre de 2007.

La II Circunscripción se mantuvo igual: una Cámara de Apelaciones, tres Juzgados en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, un Juzgado de Familia y el Menor, una Cámara del Crimen y cinco Juzgados de Instrucción y Correccional.

En cuanto a la Procuración General, se mantuvieron una Fiscalía de Cámara, cuatro Fiscales, una Asesoría del Menor y, a las dos Defensorías Civiles se sumó una tercera (creada por ley n° 2.403 y que comenzó a funcionar el 28 de abril de 2009) y a las dos Defensorías Penales se sumó

otra (creada por ley n° 2.464 y cuyo titular juró en su cargo el día 28 de agosto de 2009).

En la III Circunscripción se creó una segunda Fiscalía con sede en General Acha que comenzó a funcionar el día 9 de marzo de 2009. La norma que dispuso esta medida fue la ley n° 2.464. El resto de la organización permaneció igual. La IV Circunscripción no experimentó cambios.

21.Síntesis de los años 2001 a 2009

El Censo Nacional de la población pampeana, en el año 2001, arrojó como resultado 299.294 habitantes de la provincia y, en el año 2010, de 318.951 personas, es decir, hubo un aumento de 19.657 unidades (un 6,6%).

En cuanto a la I Circunscripción judicial, en el año 2001, vivían 123.038 personas. En el año 2010, la población era de 135.167 habitantes, es decir, 12.129 personas más que en el censo anterior (que representan un 9,86%). La densidad poblacional en este último censo fue de 9,83 habitantes por km². En ese período 2001-2009, se crearon dos juzgados, un Tribunal de Impugnaciones Penales, un Juzgado de Faltas, una Fiscalía, una Fiscalía del Tribunal de Impugnaciones Penales, una Defensoría y una Defensoría de Faltas.

La II Circunscripción contaba, en el año 2001, con 105.516 habitantes. En el año 2010, la población aumentó a 111.628 personas, es decir, 6.112 unidades más que representan un 5,79%. La densidad poblacional fue de 6,56 habitantes por km². En el período 2001-2009, se creó tan solo una Defensoría Civil.

En la III Circunscripción, conforme el censo del 2001 vivían 43.388 personas y, en el 2011, 44.973, es decir, 1.585 personas más (un 3,65% más). La densidad demográfica era de 0,56 habitantes por km². Entre el año 2001 y el 2009, se creó tan solo una Fiscalía.

En la IV Circunscripción judicial, en el año 2001 vivían 27.352 personas. En el año 2011, la población se redujo en 169 unidades (-0,62%),

esto es, continuaron habitando la región 27.183 personas. La densidad poblacional era de 1,12 habitantes por km². En el período 2001-2009, no hubo ninguna modificación en el organigrama del Poder Judicial en esta Circunscripción.

Departamento	Población		Variación absoluta	Variación relativa (%)
	2001	2010		
Total	299.294	318.951	19.657	6,6

I Circ.

Capital	96.920	105.312	8.392	8,7
Catrilo	6.728	7.293	565	8,4
Atreucó	10.134	10.153	19	0,2
Toay	9.256	12.409	3.153	34,1
Total	123.038	135.167	12.129	9,86

II Circ.

Chapaleufú	10.787	11.620	833	7,7
Rancul	10.648	10.668	20	0,2
Realicó	15.302	16.227	925	6,0
Maracó	54.699	59.024	4.325	7,9
Trenel	5.324	5.426	102	1,9
Quemú Quemú	8.756	8.663	-93	-1,1
Total	105.516	111.628	6.112	5,79

III Circ.

Guatraché	9.306	8.831	-475	-5,1
Hucal	7.838	7.540	-298	-3,8
Lihuel Calel	547	439	-108	-19,7
Limay Mahuida	475	503	28	5,9
Puelén	7.757	9.468	1.711	22,1
Curacó	886	1.040	154	17,4
Caleu Caleu	2.075	2.313	238	11,5
Utracán	14.504	14.839	335	2,3
Total	43.388	44.973	1.578	3,65

IV Circ.

Chalileo	2.517	2.985	468	18,6
Chical Co	1.595	1.502	-93	-5,8
Conhelo	14.591	14.077	-514	-3,5
Loventué	8.649	8.619	-30	-0,3
Total	27.352	27.183	-169	-0,62

Fuente: INDEC. Censo Nacional de Población y Vivienda 1991 y Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001 e Instituto Geográfico Militar.

22.Consideraciones Finales

En esta ponencia se ha intentado, en primer lugar, describir una serie de cambios que han acaecido en la organización del Poder Judicial de la provincia de La Pampa de manera contextualizada en relación con los cambios demográficos en términos cuantitativos.

Como puede apreciarse, existe una relación entre la ampliación de órganos existentes para proveer al servicio de justicia y los incrementos poblacionales así como también, y, sobre todo, la creación de nuevas circunscripciones y órganos judiciales en ellas. No obstante ello, los cambios

cuantitativos en lo poblacional no es el único factor que ha determinado las alteraciones orgánicas. En tal sentido es que si bien se reconoce la utilidad de este *approach*, también se reafirma la necesidad de indagar en otros factores contextuales que brinden explicaciones de mayor complejidad.

23. Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert (2003). *“The Nature of Legal Philosophy”*. Conferencia dictada en el 21 Congreso de la VR, Lund, 2003. Trad. PETTORUTI, Carlos. “Naturaleza de la filosofía del Derecho” en *Revista Zeus* n° 86, Córdoba, 2003.
- Araoz, Fernando E. (1991). *La Pampa total. Aspectos geográficos*. Subsecretaría de Educación (Gobierno de la provincia de La Pampa). Santa Rosa (LP).
- Censo de Población 1942, La Pampa. En Dirección Estadística y Censos de la Provincia de la Pampa
- Censo Ganadero Provincial 1983. D. G. de Estadísticas y Censos del Gobierno de La Pampa. Santa Rosa (L.P.).
- Censo General del Territorio de La Pampa (1942). Tomo II.
- Censo Nacional Agropecuario (1937). Ministerio de Agricultura, República Argentina.
- Censo Nacional Agropecuario (1969). Datos de relevamiento agrícola. INDEC. Bs. As.
- Censo Nacional Agropecuario (1988). Resultados Generales. Provincia de La Pampa –8–. INDEC. Buenos Aires.
- Censo’91 (1993) Censo Nacional de Población y Vivienda 1991. INDEC. Buenos Aires.
- Censo’91. Provincia de La Pampa, Ministerio de Economía, Hacienda y Finanzas. Dirección General de Estadística y Censos.
- Diario *La Capital* de fecha 18/10/68. Santa Rosa, La Pampa.

Gobierno de La Pampa (s/d). “Antecedentes históricos”. Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/antecedentes-historicos.html>.

Consultado el 4/03/2012.

IV Censo General de la Nación (1947). (T.1: Población, T. II: Agropecuario) Ministerio de Asuntos Técnicos. Dirección Nacional de Servicio Estadístico (Buenos Aires).

Peduto, Silvio (2004). “En La Pampa, el peronismo dejó huella” en *Revista Peronistas*. N° 5. CEPAG: 179-190. Disponible en http://www.cepag.com.ar/pdf/peronistas_5/peduto.pdf. Consultado el 20/09/2010.

Poder Judicial (s/d). “Historia Cincuentenario. Cincuentenario del Poder Judicial” Disponible en http://www.juslapampa.gov.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=53&Itemid=61. Consultado el 8/09/2014.

Poder Judicial (s/d2). “Organigrama judicial” disponible en http://www.juslapampa.gov.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=55&Itemid=63. Consultado el 8/09/2014.

Tau Anzoátegui, Víctor y Eduardo Martiré (2005). *Manual de Historia de las instituciones argentinas*. Buenos Aires. Librería – Editorial Histórica Emilio J. Perrot.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.

HISTORIA, IDEOLOGÍA E INSTITUCIÓN: EN BUSCA DE IDEOLOGEMAS EN EL DISCURSO DEL 25° ANIVERSARIO DEL PODER JUDICIAL DE LA PAMPA

Mgr. Jorge Luis Ferrari

Dra. Lidia Raquel Miranda

1. Breve marco teórico

Partimos en este trabajo de la idea de que el discurso de la Presidenta del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa, Dra. Carmen Inchaurreaga de Paz, publicado en el texto conmemorativo de los actos del 25° aniversario del Poder Judicial celebrados en 1979¹, corresponden a lo que Fernández Lagunilla (1999a, 1999b) denomina “comunicación política”.

El campo discursivo de lo político es un ámbito privilegiado para la expresión de cosmovisiones diferentes, en muchos casos antagónicas. En efecto, tal como sostienen Ciriza *et. al.* (1992), como el hombre está inserto en el proceso de reproducción social —es decir, se halla en una posición activa y transformadora de la realidad social—, los bienes simbólicos que produce evidencian las marcas del contexto.

¹ En oportunidad de la celebración de los 25 años de vida del Poder Judicial, este órgano elaboró un folleto en el cual consta una breve síntesis de su historia durante aquellos primeros años (desde 1954 a 1979) y los que les precedieron en el proceso de conformación. Además, el fascículo provee un detalle de los actos celebrados, una nómina de los funcionarios participantes y una galería de fotografías. Antes de todo ello, aparece la alocución que la Dra. Inchaurreaga de Paz pronunció en el inicio de los actos.

En el caso del texto que nos ocupa, vemos que se estructura según las reglas sintácticas de la lengua y la retórica esperables en un discurso que se enuncia de forma oral, en circunstancias de una conmemoración pública. Pero al mismo tiempo advertimos que expresan valores y desvalores que operan como indicadores del lugar social en que se sitúa la enunciadora frente a los conflictos relacionados con varias categorías conceptuales que crean y sustentan la noción de justicia.

La realidad social que enmarca la enunciación de este discurso es, pese a las apariencias, conflictiva y no armónica: el texto recoge de algún modo las contradicciones del contexto que son percibidas por su enunciadora, ubicada ella misma como sujeto social.

Habría sí, en todo texto, un nivel que podemos llamar político en sentido amplio, donde el autor, a partir de determinados juicios de valor, toma posición respecto de la conflictividad de las relaciones humanas, en la comunidad concreta a la que pertenece y en la cual desarrolla su actividad. (Ciriza *et al.* 1992: p. 15)

Dicho nivel político del texto se puede aprehender con ciertas herramientas metodológicas que provee el análisis del discurso, que permiten comprender su organización. Vale la pena tener en cuenta que la disposición del nivel político no se refiere a las opciones teóricas sino a las valorativas que el autor realiza y en torno de las cuales articula los sentidos de su texto. Para esclarecer esa organización axiológica es preciso interpretar los instrumentos conceptuales que ordenan el discurso, instrumentos que reciben la denominación de “categorías histórico-sociales” (Ciriza *et al.* 1992) o “ideologemas” (van Schendel 1986/87; Angenot 1986).

Los ideologemas permiten conocer el horizonte histórico e ideológico desde el cual un determinado enunciador emite un discurso. Son las marcas que permiten interpretar la expresión discursiva, al mismo tiempo que definen una orientación axiológica determinada. Gracias al ideograma es

posible mapear desde una perspectiva ideológica delimitada el devenir histórico de una sociedad plasmado en el discurso.

Teniendo en cuenta estas breves consideraciones, el objetivo de este trabajo es relevar y analizar aquellos ideogramas que se utilizan en el discurso de Inchaurreaga de Paz para crear y sustentar un imaginario en torno a la idea de justicia, por un lado, y en torno a la institución jurídica por excelencia de una jurisdicción, es decir el Poder Judicial, por otro. Para ello, hemos tomado en consideración los aspectos históricos y jurídicos que constituyen los hitos discursivos sobre los que se apoya la argumentación y la configuración de la imagen de la institución y sus actores sociales, así como la presentación ideológica y política del contexto en el que tiene lugar la enunciación. En síntesis, nuestra intención es efectuar un análisis discursivo del texto en cuestión para revelar las relaciones existentes entre el uso de la lengua y la fijación de un sistema de creencias que, para el caso particular del Poder Judicial de La Pampa en 1979, constituyen un conjunto de conocimientos que guían y condicionan a los sujetos inmersos en la institución.

Justifica nuestra elección el hecho de que, en los últimos años, los problemas y objetivos del análisis de enunciados en diversas disciplinas han mostrado la necesidad de un estudio integrado en el marco de una conexión interdisciplinaria que es conocida como “ciencia del texto” o “análisis del discurso”. La función del análisis discursivo consiste en describir y explicar las relaciones internas y externas de los distintos aspectos de las formas de comunicación y uso de la lengua, lo que lo vuelve indudablemente integrador. En este sentido, cobra importancia el concepto de contexto, concebido como la reconstrucción teórica de los rasgos y condiciones de una situación comunicativa.

Creemos que el análisis realizado puede contribuir a develar los componentes ideológicos que, aunque constituyan un sistema de contenidos autónomo y susceptible de manifestarse en toda clase de comportamientos semiológicos, se evidencian en forma particular en los contenidos

lingüísticos ya que, como es sabido, los límites entre las competencias lingüísticas e ideológicas son borrosos.

2. Lo que yo digo...

En esta sección del trabajo nos abocamos puntualmente a demarcar los ámbitos ideológicos que el discurso propone a través de la presentación de ciertos conceptos fundamentales. Ello nos permitirá, al final, arribar a conclusiones en relación con los objetivos que nos hemos planteado. Aclaremos que cada concepto analizado se ubica en un acápite particular para facilitar la exposición pero, en realidad, la mayoría de ellos se relaciona entre sí.

2.1. Democracia

Es un régimen o forma de gobierno, el 'gobierno del pueblo'. El surgimiento de esta concepción se produce en Grecia en los s. VI y V a. C. e inicia una evolución en la que podemos distinguir tres grandes etapas, con diferentes unidades políticas de referencia: la polis griega (ciudad-Estado), el Imperio y la Cristiandad, y el moderno Estado-Nación². (Chumbita, Gamba y Gajardo 2004: 161)

Más allá de las diferencias que separan los modelos democráticos atestiguados en la historia e, incluso, las concepciones de la teoría moderna en torno a la democracia, no existe duda en que dicha idea engloba siempre una forma de gobierno. Esta apostilla es necesaria porque el texto de Inchaurreaga de Paz alude en varias oportunidades a la democracia, aunque no siempre la concibe sin reservas como una forma de institucionalizar el ejercicio del poder:

² Vale la pena aclarar que para la última etapa existen tres grandes tradiciones: la liberal, la socialista y la experiencia del Tercer Mundo (véanse pp. 162-164 de los mismos autores).

La vida de las instituciones básicas de nuestra organización democrática o de cualquier otra de idéntica naturaleza requiere para su éxito y trascendencia real en la conciencia y formación de los pueblos, de una legislación adecuada y acorde a los tiempos, con cuidado por cierto, de preservar la esencia sustantiva que las anima dentro del ordenamiento jurídico político de un país [...] (p. 5).

La democracia, que no es forma de gobierno sino estilo de vida, plantea en todos los ámbitos de su desenvolvimiento y como presupuesto de su vigencia misma, la fórmula inalterable y feliz del equilibrio en lo político, en lo social y en lo económico; tanto es así que cuando por obra de intereses espúreos esa síntesis equilibrada se quiebra, la democracia se diluye, claudica y perece en manos de la demagogia o del totalitarismo. Nada entonces más acertado para vivir en democracia que fortalecer ese equilibrio en la totalidad de los ámbitos aludidos y por supuesto fundamentalmente en el ámbito institucional, por cuya moderna organización y eficaz funcionamiento debemos luchar sin descanso [...] hasta alcanzar seguras normas que nos libren definitivamente durante nuestra existencia y la de nuestros descendientes del riesgo fatal de caer en demagogias o totalitarismos orquestados para destruir nuestro ser nacional. (pp. 6-7)

El primero de los ejemplos citados evidencia que la democracia es entendida como una ‘organización’ que requiere de normas adecuadas a los tiempos. En tal sentido, resulta una institución, ya que se asienta en un sistema de pautas cuya vigencia se fundamenta en los cambios temporales y existe en la “conciencia [...] de los pueblos”, es decir posee un carácter social o comunitario. No queda claro, sin embargo, de qué tipo de institución se trata dado que explícitamente el texto la equipara a cualquier otra organización “de idéntica naturaleza”: por un lado, toda institución posee las características mencionadas (convivencia social, ordenamiento u organización y vigencia), o sea, cualquier institución

posee “idéntica naturaleza” que la democracia; y por otro, si se refiriera a una forma de gobierno, ninguna otra que no sea “democrática” posee igual naturaleza a ella.

El segundo ejemplo, de manera rotunda, desliga la idea de democracia de la de forma de gobierno y la presenta como “estilo de vida”, lo cual la vuelve más imprecisa y le confiere un carácter subjetivo³, en tanto vivir democráticamente sería una elección personal. Sin embargo, el fragmento vuelve a insistir en que posee una vigencia, la que se asienta en el equilibrio entre los ámbitos político, social y económico. Los conceptos opuestos a ‘democracia’ son aquellos ‘estilos’ en los que no existe, a juicio de la enunciativa, un equilibrio o una síntesis entre dichas esferas: la demagogia y el totalitarismo. A pesar de despojar a la noción de democracia del componente político e interpretarla como un mero “estilo de vida”, la expresión ‘totalitarismo’ coloca nuevamente en escena la cuestión del régimen de gobierno. En efecto, si coincidimos en que dicho término se aplica “a la realidad y a la doctrina de un régimen dictatorial que mediatiza todos los resortes del poder político para subordinar de manera absoluta los derechos de los individuos” (Chumbita, Gamba y Gajardo 2004: 693), y es además opuesto a la democracia, entonces esta también es una forma de gobierno pero, precisamente, la que garantiza los derechos de los individuos. También la demagogia es una práctica política, casi una “degeneración de la democracia” (DRAE) que consiste en lograr el favor popular para mantener el poder mediante el otorgamiento de concesiones a los ciudadanos, con lo cual, al parangonarla con el totalitarismo, su mención refuerza la valoración positiva de la democracia en el plano de lo político.

El análisis discursivo efectuado hasta aquí nos permite ubicar a la enunciativa en una actitud favorable a la democracia, aunque en cierta medida la ha desvalorizado al concederle la categoría de “estilo de vida”.

³ El estilo es un uso, una práctica, una costumbre o una moda que caracterizan a una persona o tendencia.

Pero el texto no termina allí y, unos párrafos más adelante, expone una postura diferente:

Lamentablemente tales presupuestos descaecieron en su plenitud primigenia. Nuestra historia a partir del año 30 es riquísima exponente de las limitaciones aludidas [...]. Afortunadamente, en estos últimos años a través de orientaciones vertidas expresamente por las Autoridades Nacionales, del resultado de diversas reuniones regionales y plenarias llevadas a cabo, observamos con confianza que este Proceso de Reorganización está empeñado en trazar con firmeza la verdadera senda en procura de un Poder Judicial vigoroso que responda a las expectativas que el país demanda. (p 7)

El hecho de que se mencione al Proceso de Reorganización Nacional en una alocución en la que se habla también de democracia y que, además, se lo valore en términos positivos y casi mesiánicos es, cuanto menos, prueba de una gran ingenuidad. Es decir que, sin conocer las acciones concretas de la enunciadora en el plano político ni su formación ideológica, solo podemos suponer que habla desde el desconocimiento y, tal vez, desde una genuina esperanza en las iniciativas del Proceso. Sin duda, para echar luz sobre este tema deberemos contrastar estas afirmaciones con los resultados de las entrevistas que se efectúen en la última etapa del proyecto.

Lo que sí queda claro es que el contrapunto entre 'lamentablemente' y 'afortunadamente' en el fragmento posiciona al sujeto de la enunciación en una balanza que descalifica la historia política a partir del año 30 hasta fines de los 70 (o sea, la época en que se desarrollaron los gobiernos democráticos más simbólicos de la historia argentina, interrumpidos, claro está, por gobiernos de facto) y elogia el modelo y las acciones que lleva adelante el gobierno militar que, como sabemos, corresponde a la dictadura más sangrienta y nefasta de la historia argentina. Es posible que la presencia del gobernador y otras autoridades en los actos conmemorativos condicionara a Inchaurreaga de Paz a no criticar al

gobierno de facto; sin embargo, una salida airosa, pensada desde nuestra perspectiva actual, hubiera sido no aludir a él de ninguna forma y mucho menos relacionarlo de cualquier manera con la democracia.

1.1. Institución

“[...] es una configuración social, un conjunto de normas, roles y pautas de comportamiento aceptados en el seno de determinada sociedad y centrados en la satisfacción de una necesidad básica. [...] se caracterizan por la permanencia o arraigo social, aunque pueden no estar sancionadas jurídicamente [...]. El concepto incluye, sobre todo en el uso corriente, a los grupos organizados o formas de organización que corporizan el desempeño de una función social, [...].(Chumbita, Gamba y Gajardo 2004: 389)

El texto de Inchaurreaga de Paz no define qué es una institución sino que aplica la condición de tal a ciertas ordenaciones sociales, principalmente al Poder Judicial de La Pampa.

[...] joven Institución pampeana [...] (p. 5)

La vida de las instituciones básicas de nuestra organización democrática [...] (p. 5)

[...] el ámbito institucional [...] (p. 6)

Toda Institución y todo organismo para por los hombres que lo integran y conducen y si éstos en el ejercicio de sus funciones específicas carecen de idoneidad, honestidad y por sobre todo de responsabilidad, la experiencia ha demostrado sobradamente que por mejor que sea el sistema o fuerte que sea la Institución, irremediablemente caerá debilitada y sacrificada al pie del más hereje de los alteres democráticos, el de la corrupción, debilidad e ineficiencia. (p. 7)

[...] noble Institución [...] (p. 7)

[...] realidad de esta Institución que ha crecido y por cuyo perfeccionamiento debemos empeñar nuestra labor del porvenir. (p. 8)

La versión escrita que analizamos permite advertir una particularidad que pudo haber pasado inadvertida a quienes escucharon el discurso pronunciado oralmente. Se trata del empleo de la mayúscula inicial, que hemos mantenido en la transcripción de los ejemplos. Esta cuestión no es irrelevante porque forma parte del sistema retórico en el cual se enmarca el texto y tiene consecuencias en el plano del contenido lingüístico e ideológico.

Efectivamente, si bien el texto fue pronunciado (en realidad leído, como atestiguan las fotografías que ilustran la publicación) durante los actos celebratorios de 1979, fue compuesto por escrito y, por ende, su tenor y extensión, meditados y planificados con antelación. Esta circunstancia podría iluminar algunas de las dudas que planteamos en la sección anterior, pero no nos ocuparemos de ellas aquí sino que nos centraremos en la idea de ‘institución’.

El examen del texto nos permite afirmar que Inchaurreaga de Paz emplea la minúscula inicial para referirse de manera general a las instituciones y la mayúscula para señalar puntualmente al Poder Judicial. Esta distinción es una forma de destacar, pero tiene sentido únicamente en la escritura; para la oralidad, podemos suponer que algún elemento suprasegmental (pausa, tono diferencial, alargamiento de fonemas, etc.) pudo haber sido usado para connotar en un sentido semejante.

La exposición de Inchaurreaga de Paz deja entrever que una institución es un organismo sustentado en valores, fundamentalmente, los de índole moral; tiene un lapso de vigencia por lo cual debe adaptarse a los cambios históricos; y refleja la “conciencia y formación de los pueblos”, apreciación metafórica que implicaría un arraigo en la esfera social. Un

aspecto que recalca la enunciadora es que la institución no es sino lo que son, representan y hacen las personas que la conforman.

2.2. Justicia

“Solo puedo estar de acuerdo en que existe una Justicia relativa y únicamente puedo afirmar lo que la Justicia es para mí. Dado que la Ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la Justicia, para mí, se encuentra en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi Justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz, la Justicia de la democracia, la Justicia de la tolerancia” (Kelsen 1992: 63)

En el texto de Inchaurreaga de Paz, la primera acepción del término ‘Justicia’ es como sinónimo de Poder Judicial. Es decir, que la Presidenta del Superior Tribunal de Justicia concibe la justicia como una institución y no como un valor moral o una virtud universal: la perspectiva es, entonces, sociológica y no filosófica.

Como afirma Tale (1995), la justicia es una realidad práctica, o sea algo que debe ser necesariamente obrado por el hombre, y no solamente conocido y reflexionado. En el texto que nos ocupa, de esa manera se la presenta pues se detallan y puntualizan las acciones concretas que la Justicia (o sea, el Poder Judicial) en La Pampa ha llevado adelante en su historia de 25 años y las que le quedan pendientes para favorecer tanto al cuerpo social de la provincia como a la “familia judicial”, es decir a los integrantes de dicho poder del Estado. El texto resulta claro, entonces, en cuanto a que la institución de la justicia es una autoridad pública y, como tal, le resulta imperativo instaurar la justicia en su ámbito jurisdiccional.

Pese a ello, hay dos menciones de la justicia que la presentan con un sentido menos pragmático y más metafísico. En la introducción, cuando la alocutora contextualiza sus referencias, sostiene:

[...] nada peor que la desconfianza y la falta de fe en la Justicia, cuya finalidad específica fue, es y seguirá siendo la de brindar garantías a los habitantes en sus derechos y libertades y la de proporcionar efectiva seguridad a la sociedad en la persecución y represión de la delincuencia. (p. 6)

Si bien aquí delimita la función y objetivos de la justicia en el marco social en consonancia con el sentido general del texto, el hecho de incorporar la idea de ‘tener fe en la Justicia’ la descontextualiza de lo social y político y le quita racionalidad, ya que no existen razones para tener fe o no tenerla en las instituciones y en ellas no se ‘cree’ sino que se las construye y se las utiliza con beneficios sociales. Es decir que tener o perder la fe en la Justicia implica ubicarla en un plano suprahumano que no es y no puede ser, de ninguna manera, un plano institucional.

La otra referencia aparece casi al final, cuando el texto toma un carácter narrativo al reseñar brevemente la historia personal de Inchaurreaga de Paz en el seno del Poder Judicial pampeano:

[Efrén Álvarez] me ayudó a alentar y forjar con su prédica y ejemplo el amor por la Justicia. (p. 8)

En el contexto de agradecimiento y recuerdo a quienes compartieron con la enunciativa la tarea a lo largo de su carrera, el tono del discurso cambia para hacerse más emotivo y subjetivo. Por ello es entendible que la acepción de Justicia en esta parte sea la de un ideal virtuoso al que aspira quien posee ciertas dotes morales y, principalmente, la capacidad de amar tan alto valor. La idea de amor a la justicia se halla vinculada con la de la fe en ella, mencionada antes, ya que en ambas representaciones la justicia aparece en un plano más elevado que el humano, al cual el hombre aspira como suplicante.

2.3. Patria

[...] la palabra patria —al menos desde el punto de vista emocional— expresa aproximadamente lo mismo [que ser nacional]. El ser nacional, en esta primera reducción de la esfera todavía mal delimitada del concepto, es la patria. Pero también el concepto patria es muy genérico. Todos sabemos lo que queremos decir lo que queremos decir cuando hablamos de la patria. Mas la dificultad empieza cuando queremos racionalizar el sentimiento patriótico. (Hernández Arregui 1973: 16-17)

La noción de ‘patria’ en el texto se expresa a través de varios términos: Patria, país (y País), ser nacional y Estado. También la idea de ‘pueblo’ aparece en el discurso pero expresada de manera general (“los pueblos”), no aplicada específicamente a la Argentina.

Los distintos vocablos empleados demuestran la falta de una perspectiva concreta para referirse a la nación y llama la atención el hecho de que, precisamente, dicho término no sea usado por Inchaurreaga de Paz, dado que sería el más conveniente para referir, de manera conjunta, a los aspectos institucionales y a los sentidos emotivos de la noción aludida como, aparentemente, desea la autora. En efecto, la idea de nación se asocia, por un lado, con la de pueblo y, por otro, con la de Estado. En las definiciones más generalizadas, la nación remite a un grupo humano que, por su historia, valores y rasgos culturales comunes, se halla solidariamente vinculado y resulta capaz de sustentar un poder político propio: sería, entonces, la representación del ser colectivo de los individuos que la integran y, por lo tanto, cumple funciones de cohesión que permiten compatibilizar intereses y justificar el poder de la autoridad.

‘Patria’ y ‘ser nacional’ son expresiones de carácter ahistórico y abstracto y evidencian una disposición a la vinculación e identificación de quién habla con la nación de la que forma parte, asentada en sentimientos intrínsecos. ‘País’, por su parte, es una palabra menos marcada desde el punto de vista subjetivo y se refiere más bien a la extensión de territorio que ocupa una nación. ‘Estado’, finalmente, es un término específico y esencial de la teoría política (y de otras ciencias sociales), de muy difícil

precisión⁴ (según la perspectiva que se adopte), pero que podría entenderse como la organización jurídica de una nación.

Creemos que la expositora, como todo orador, ha buscado elementos léxicos de un mismo campo semántico para evitar las reiteraciones de palabras. Sin embargo, ‘Estado’ es la que mejor contextualiza el discurso en el marco de los actos de aniversario del Poder Judicial.

2.4. Poder Judicial

[...] no se puede ignorar que el magistrado, [...] desempeña socialmente un rol maestro. Tiende a que su función lo acompañe en todos los actos de su vida, le impida ciertas conductas que son normales o pecata minuta en los demás, le señale pautas rígidas que se supone que las debe imponer a los demás, debe cuidar de no salirse de ese rol y sobre todo de esa imagen en todo momento.

(Zaffaroni 2011: 524)

Como ya hemos expresado antes, el Poder Judicial es presentado expresamente como una institución fundamental del Estado y como sinónimo de la Justicia. En ese sentido, propone que la

[...] finalidad específica del Poder Judicial fue, es y seguirá siendo la de brindar garantías a los habitantes en sus derechos y libertades y la de proporcionar efectiva seguridad a la sociedad en la persecución y represión de la delincuencia. (p. 6)

En consonancia con esa perspectiva, el ámbito de la institución judicial es el propicio para generar las normas que caractericen al Estado:

[...] en el ámbito institucional, por cuya moderna organización y eficaz funcionamiento debemos luchar sin descanso —aun derribando viejas y vulnerables fórmulas de la ciencia política asentadas en concepciones perimidas del siglo XVIII—, hasta alcanzar seguras normas que nos

⁴ Para un panorama de las aproximaciones al concepto de Estado, véanse Ferrari (2003; 2004).

libres definitivamente durante nuestra existencia y la de nuestros descendientes [...] (p. 6)

El Poder Judicial se halla “en el pináculo orgánico del Estado” (p. 7) junto con los otros poderes, afirma el texto, lo cual vuelve a poner sobre el tapete el tema de las relaciones políticas en el seno de la sociedad democrática, como hemos mencionado antes. En relación con este tema, tan debatido incluso en la actualidad, Inchaurreaga de Paz enfatiza como condición para el ejercicio de la función jurisdiccional de la Justicia lo siguiente:

La plenitud y eficacia en su desenvolvimiento depende y dependerá de su plena autonomía e independencia tanto funcional como financiera, del más amplio respecto por el principio de “inamovilidad” de los Magistrados, como así del arraigo definitivo de los funcionarios y jueces que abracen esta carrera con auténtica vocación de servicio. (p. 7)

Como en otros tramos del discurso, la perspectiva práctica y concreta se asocia con una presentación tópica, ahistórica y de arraigo bastante popular: si bien, la separación de poderes se exhibe como fundamental y ello se defiende con un planteo que abarca los aspectos funcionales, económicos y políticos que atañen a los miembros de la carrera judicial, por otra parte se explicita que dicha carrera se ‘abrazar’, es decir se elige por “auténtica vocación de servicio”, o sea por motivaciones más bien emotivas que excluyen todo interés personal. En pocas palabras, pareciera, según este texto, que nadie ingresa a la carrera judicial porque desee un trabajo que le guste, le permita sustentarse y progresar a lo largo de su vida sino que lo hace porque quiere, más que nada, entregar su servicio y responder a un ‘llamado’ (‘vocación’, del lat. *vocatio*, *-onis*: acción de llamar), a una inspiración superior que no convoca a todos los hombres, sino a algunos elegidos.

Volviendo al tema de la inamovilidad, resulta sugerente que la enunciadora, en el mismo párrafo en que ve con buenos ojos las iniciativas

del Proceso de Reorganización Nacional, tramo que hemos analizado antes, manifieste

Esa intangibilidad funcional del Poder y la independencia financiera que le permita un desenvolvimiento sin sujeción a la periodicidad política de los restantes órganos, constituyen los basamentos inexcusables para concretar válidamente su realización y convertir en realidad el principio de “inamovilidad” tan desnaturalizado en la práctica. (p. 7)

No resulta tarea sencilla establecer los alcances de las anteriores palabras, en especial si tomamos en cuenta varios de los sentidos que venimos encontrando en el texto. Pero al menos dos posibilidades se aplican a este caso:

1) en primer lugar, la independencia de poderes que pide la enunciadora es un reclamo legítimo del Poder Judicial, en acuerdo con lo establecido en la Constitución Nacional (“Ley Fundamental”, como la describe la autora), reclamo no solo del momento histórico en que es pronunciado este discurso sino de todo período político de la Argentina del siglo XX y XXI. Es decir que dicha autonomía es exigida también, en este caso, al gobierno de facto en el poder en 1979.

2) en segundo término, es posible suponer que la relevancia de la separación de poderes no está indicada para las autoridades ni para los magistrados sino para la población en general, como forma de atestiguar que el Poder Judicial no se halla en connivencia con el gobierno de facto.

Cabe, incluso, pensar que una tercera posibilidad podría justificar el énfasis del texto: una que conjugara las dos anteriores. Como hemos puntualizado antes, la solución a esto podría hallarse en las entrevistas que se espera efectuar en la última parte de la investigación.

Por último, y de alguna manera en relación con el tema de la ‘vocación’, el texto recalca en las responsabilidades de quienes integran la “familia judicial”. “Laboriosidad”, “perfeccionamiento”, “capacitación

personal” y “agilidad en el servicio” (p. 7) son los pilares que, según Inchaurreaga de Paz, aseguran el fortalecimiento de la institución. Por oposición, se menciona que la carencia de idoneidad, de honestidad y de responsabilidad debilitan el sistema y la institución que, “irremediablemente caerá debilitada y sacrificada al pie del más hereje de los altares democráticos, el de la corrupción, debilidad e ineficiencia” (p. 7).

La institución, en síntesis, depende de las personas que la integran y, en el caso del Poder Judicial, estas deben caracterizarse por el empeño, la capacidad, el entusiasmo y la honradez en el servicio y por “el orgullo de pertenecer a esta noble Institución” (p. 7).

Todos los lexemas de la última parte tienden a construir una determinada representación del miembro del Poder Judicial y, asociados con verbos en futuro o expresiones desiderativas e imperativas, confieren al discurso un matiz performativo: a partir de asumirse como participante de la Justicia, la “familia judicial” se presenta de determinada manera y asume públicamente su compromiso de “fortalecimiento de la Justicia y como contribución a nuestra querida Patria” (p. 8).

3. Lo que yo hago...

En el texto analizado, la figura de Inchaurreaga de Paz como enunciadora se legitima a través de la representación del Poder Judicial de La Pampa que asume en tanto Presidenta del Superior Tribunal de Justicia la Presidenta del Superior Tribunal de Justicia. Es así que su alocución adopta rasgos que garantizan la mayor cercanía posible con los participantes de la comunicación (autoridades, otros miembros del Poder Judicial y población pampeana en general). Dicha cercanía o menor distancia entre interlocutores se evidencia en el manejo de ciertas categorías conceptuales denominadas ideologemas, que hemos tratado de analizar en el sección anterior, y que revelan una relación vivencial de proximidad sustentada en conocimientos y experiencias compartidas. Asimismo, las referencias a un espacio y lugar determinado (en general, solo inferidas del

contexto mismo de la celebración del aniversario) propicia la constitución de un marco discursivo familiar.

Por último, ciertos temas específicos del ámbito judicial o político conviven con temáticas no especializadas, especialmente aquellas que operan como doxa y no son puestas en duda (amor a la Justicia, vocación auténtica de servicio, sentimiento democrático, etc.), ideologemas que sin dudar han sido elegidos para llegar a los destinatarios más generales del discurso, los habitantes de La Pampa.

Como complemento de esta estrategia hemos detectado la inclusión de un relato (el que expone la historia personal de la enunciadora en la Justicia pampeana) que permite el empleo de la primera persona y resulta eficaz también para nombrar a varios miembros del Poder Judicial en particular. De esta manera, el centro deíctico⁵, a través de ciertos valores pragmáticos y lingüísticos, logra maximizar el papel del ‘yo’ y elevar su imagen, aunque su estrategia retórica sea en algunas ocasiones la intensificación para realzar su presencia y en otras la atenuación (“[...] abusando de vuestra paciencia me permitiré [...]”, p. 8)⁶.

La relación entre los participantes de la comunicación, expresada a través de los elementos que hemos indicado, ponen de manifiesto la necesidad de crear una determinada imagen pública de la enunciadora, cuya conservación se asienta tanto en lo que comunica como en el mantenimiento de las buenas relaciones sociales, que no deben entenderse solo como sinónimo de “permanecer en buenos términos” sino también como el sostenimiento de un equilibrio entre objetivos contrapuestos (el mantenimiento de la propia imagen positiva y compartir, al mismo tiempo, los intereses y valores con los vecinos de la provincia, con los miembros de la

⁵ La deixis se apoya en tres coordenadas, la de persona, la de lugar y la de tiempo. En este trabajo solo mencionamos la de persona, la fuente locutiva, en función del objetivo propuesto.

⁶ La atenuación es el mecanismo pragmático o semántico mediante el que el enunciador reduce sus propias cualidades y/o los defectos de su destinatario a fin de regular las relaciones interpersonales (Puga Larraín 1997).

institución judicial y con la autoridades nacionales y provinciales del momento).

4. Bibliografía citada

Angenot, Marc (1986). "Intertextualidad, interdiscursividad, discurso social" en *Revista de Crítica y de Teoría Literaria*. Rosario: Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Humanidades y Artes: 13-21.

Chumbita, Hugo, Susana Gamba y Paz Gajardo (2004). *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*. Buenos Aires: Ariel.

Ciriza, Alejandra *et al.* (1992). *El discurso pedagógico*. RNTC, San José (Costa Rica).

Fernández Lagunilla, Marina (1999a). *La lengua en la comunicación política I: El discurso del poder*. Madrid: Arco/Libros.

Fernández Lagunilla, Marina (1999b). *La lengua en la comunicación política II: La palabra del poder*. Madrid: Arco/Libros.

Ferrari, Jorge Luis (2003). "Ser nacional, marxismo y antiimperialismo: el nacionalismo en Juan José Hernández Arregui". *Anuario de la Facultad de Ciencias Humanas*. Santa Rosa, EdUNLPam: 125-136.

Ferrari, Jorge Luis (2004). "La nación en la obra de Juan José Hernández Arregui: aproximación y crítica". *Anuario de la Facultad de Ciencias Humanas* Santa Rosa: EdUNLPam: 101-116.

Hernández Arregui, Juan José (1973) *¿Qué es el ser nacional?* Buenos Aires: Plus Ultra.

Kelsen, Hans (1992). *¿Qué es Justicia?* Barcelona: Ariel.

Puga Larraín, Juana (1997). *La atenuación en el castellano de Chile: un enfoque pragmatolingüístico*. Alicante: Universitat de València.

RAE (2014). *Diccionario de la Real Academia Española*. www.rae.es

Tale, Camilo (1995). *Lecciones de filosofía del derecho*. Córdoba: Alveroni.

Van Schendel, Michel (1986/87). “L'idéologème est un quasi-argument”.
Texte, 5-6: 121-132.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.

ESTUDIO DE LOS TRIBUNALES DE FAMILIA Y EL MENOR EN LA I Y II CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DE LA PAMPA

Abog. Marcela Anabel Dosio

La línea de investigación de este trabajo se enmarca dentro del Proyecto “Génesis y transformación del Poder Judicial de La Pampa: reconstrucción histórica a través de un relevamiento documental y testimonial”, acreditado en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas y cuyo objetivo general es describir la historia del Poder Judicial pampeano mediante la recopilación de documentos y testimonios de los actores sociales y políticos claves involucrados en dicho proceso.

El punto de partida de dicha investigación lo constituye la carencia de estudios de índole académica y/o científica y el desconocimiento por parte de la sociedad pampeana del lugar que ocupa el Poder Judicial provincial y de los procesos que se llevan a cabo en su seno. Con base en este problema, se advierte la necesidad de reconstruir la historia del órgano en cuestión y de relevar las fuentes documentales vinculadas, así como la sistematización y preservación de los testimonios orales de los actores claves involucrados en dicho devenir (Miranda y Lell, 2013).

En este contexto, aquí se presenta un recorte de la investigación marco, abocada a una de las instituciones que componen el Poder Judicial provincial y que tiende al estudio pormenorizado de la historia de uno de los Juzgados que en la actualidad, ya sea por el aumento de litigios o por la especialidad de causas que trata, ha logrado una relevancia tal al punto de llegar a separarse como juzgado independiente y con la actuación de grupos

interdisciplinarios que coadyuvan a diario en la resolución de conflictos (Sacra, 2006).

Además de la estructura orgánica y su funcionamiento diario, es de interés para la investigación que se lleva a cabo el estudio de distintos cuerpos normativos vigentes y sus premisas actuales, como es el concepto jurídico indeterminado “Interés Superior del Niño/Niña”.

Con relación al párrafo anterior, se analiza la adaptación de la estructura orgánica general efectuada con el fin de lograr una mejor aplicación de derechos concretos, y se profundiza en el “derecho a ser oído” en contextos judiciales, la actuación de los Magistrados, el grupo interdisciplinario y defensores generales.

El tratamiento de esta temática es relevante toda vez que se confrontan cuestiones normativas y de tipo teóricas con otras de la realidad fáctica en diversidad de planos disciplinarios.

1. Los objetivos de la línea de investigación

El objetivo general de los trabajos de investigación que se desarrollan en la actualidad, dentro del Proyecto “Génesis y transformación del Poder Judicial de La Pampa: reconstrucción histórica a través de un relevamiento documental y testimonial”, es describir la historia de los Tribunales de Familia y el Menor en la I y II Circunscripción de La Pampa con especial atención en los motivos que llevaron a su creación y transformaciones orgánicas y en las ventajas/desventajas que dichos cambios produjeron en la provisión del servicio de justicia.

En este marco, los objetivos específicos son: realizar un relevamiento histórico del funcionamiento del Juzgado de Familia y el Menor desde su creación hasta la actualidad; registrar la evolución del Juzgado de Familia y el Menor y los beneficios de las transformaciones en la prestación de justicia; analizar la intervención de actores necesarios en los procesos judiciales en los que intervienen menores –léase: magistrado, grupo

interdisciplinario y defensores públicos; estudiar la aplicación de normativa internacional y nacional en el juzgado en estudio, y dentro de ello, concretamente, la del concepto jurídico indeterminado “Interés Superior de los Niños”; lograr una comprensión en general respecto a el procedimiento local en relación a causas en que se encuentren interviniendo menores.

2. Metodología¹

El trabajo de investigación se lleva a cabo desde una perspectiva cualitativa con un diseño exploratorio (puesto que se examina un tema que hasta el momento no ha sido abordado y, por lo tanto, es necesario realizar una introducción novedosa al campo de estudio), descriptivo (en virtud de que se da cuenta de las características observadas) y tendiente a un producto narrativo (ya que procura reconstruir un proceso histórico a partir de su relato).

El desarrollo de la línea de trabajo comentada prevé una instancia de relevamiento y recopilación de documentos relacionados con la evolución histórica de los Tribunales de Familia y el Menor de la Primera y la Segunda Circunscripción de la Provincia de La Pampa, de diversa índole y que consten en distintos formatos. Especialmente se prevé el análisis de los siguientes documentos:

- a) Normas jurídicas: se tienen en cuenta en este grupo aquellas normas que regulan la constitución y puesta en funcionamiento de los órganos judiciales bajo análisis, así como también toda modificación o alteración desde la estructura inicial. En tal sentido, además, se consideran especialmente relevantes los considerandos y exposiciones de motivos de las normas a los efectos de indagar en la motivación de tales actos.

¹ Ver Dosio, 2013^a.

- b) Diarios de las sesiones de la Cámara de Diputados en las que la legislación fue puesta en consideración y documentación complementaria en la que consten debates y tratativas sobre el tema objeto de investigación (por ejemplo: actas) como forma de conocer los fundamentos que inspiraron las reformas (o el rechazo de ellas) y cuáles fueron las alternativas propuestas en cada caso.
- c) Artículos periodísticos: se recopilan noticias relacionadas con las demandas sociales y que den cuenta cómo el sistema judicial dio respuesta a ellas. Se espera que el análisis de tales artículos pueda brindar un marco de referencia sobre el contexto de sucesos relevantes.

Por último, se realizan entrevistas a actores claves en la historia del Poder Judicial y en relación con el objeto de estudio de la línea de investigación que se está trabajando. En este sentido, se procurará obtener el testimonio de funcionarios y empleados judiciales y otros operadores jurídicos que aparezcan como promotores de ciertos cambios o que hayan vivido en forma directa sucesos relevantes a fin de obtener las descripciones pertinentes. En caso de ser necesario, también se entrevistará a funcionarios de otros órganos estatales para obtener información complementaria.

3. Los Tribunales de Familia y el Menor

A partir de la creación de este fuero especial, la antigua competencia en asuntos de Familia y Minoridad asignada a los jueces civiles, queda ahora comprendida dentro del nuevo fuero especial, al igual que las cuestiones asistenciales y las derivadas de ilícitos penales en cuanto a fijación de penas en el régimen tutelar.

En la actualidad, en el seno del Poder Judicial de La Pampa funcionan dos Tribunales de Familia y el Menor, uno en la primera

circunscripción, con sede en la ciudad de Santa Rosa y otro en la segunda circunscripción, con sede en la ciudad de General Pico.

El primero de ellos extiende su competencia territorial sobre los departamentos de Capital, Catriló, Atreucó, Toay, excluidos los lotes 21 y 22 de la fracción B, 1 y 2 mitad oeste del lote 10 y legua noroeste del lote 11, todos de la fracción C, sección VIII; lote 10 de la fracción B, sección IX; y Conhelo excluidos los lotes 21, 22, 23, 24 y 25 de la fracción C y lote 25, fracción D, todos de la sección VII; lotes 21, 22, 23, 24 y 25 de la fracción D, sección I; lote 5 fracción A, sección VIII; lotes 1, 2, 3, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 18, 19 y 20 de la fracción B, sección VIII. El segundo posee competencia territorial sobre los departamentos de Rancul, Realicó; Chapaleufú, Trenel; Maracó; Quemú Quemú y los lotes 21, 22, 23, 24 y 25 de la fracción C y lote 25 de la fracción D, todos de la sección VII; y lotes 21, 22, 23, 24 y 25 de la fracción D de la sección I del departamento de Conhelo.

Respecto de la tercera y cuarta circunscripción - que componen las circunscripciones restantes de la jurisdicción judicial de la provincia de La Pampa -: la primera comprende los departamentos de Utracán, Guatraché, Limay Mahuida, Puelen, Curacó, Lihuel Calel, Hucal y Caleu Caleu; mientras que la segunda comprende los departamentos de Chicalcó, Chalileo, Loventué y del departamento de Conhelo, lote 5, fracción A y lotes 1, 2, 3, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 18, 19, y 20 de la fracción B, todos de la sección VIII; y del departamento de Toay los lotes 21 y 22 de la fracción B y lotes 1 y 2 mitad oeste del lote 10 y legua noroeste del lote 11, fracción C, todos de la sección VIII y lote 10, fracción B de la sección IX.

En estas últimas dos circunscripciones la ley determina que la aplicación de medidas tutelares y la competencia asistencial serán del juez civil y penal respectivamente, es decir, entienden los jueces que son competentes conforme a su fuero natural y la función del Asesor es cumplida por los Defensores Generales.

Estos tribunales fueron creados por ley n° 1.270, que además de fijar el esquema organizacional, contempla el funcionamiento de dos juzgados en

la provincia. El que se encuentra localizado en la ciudad de Santa Rosa comienza a organizarse en diciembre de 1993, y se pone en funcionamiento en febrero de 1994, después de la feria judicial de enero de ese año.

El localizado en la ciudad de General Pico, perteneciente a la segunda circunscripción, comienza a funcionar el 29 de septiembre de 1995, al igual que la Asesoría de Menores respectiva.

La ley establece la competencia de los Juzgados de la Familia y del Menor (art. 7). Ellos entenderán en las siguientes cuestiones:

- a) Cuando aparecieren como autores o partícipes de un hecho calificado por la ley como delito, menores de 18 años de edad, en lo referente a las medidas tutelares.
- b) Cuando la salud, seguridad, educación o moralidad de menores de edad se hallare comprometida por: actos de inconducta o delito de los padres, tutor, guardador o terceros.
- c) Cuando por razones de orfandad de los menores o cualquier otra causa, estuvieren material o moralmente abandonados o corriera peligro de estarlo para brindarles protección y amparo, procurarles educación moral e intelectual y para sancionar, en su caso, la inconducta de sus padres, tutor, guardador o terceros, conforme a las leyes que rigen en materia de minoridad y las disposiciones de la presente.
- d) Para disponer todas aquellas medidas que sean necesarias para otorgar certeza a los atributos de la personalidad de los menores bajo su amparo y lograr su más completa asistencia. En tal sentido podrán ordenar, entre otros actos, el discernimiento de la tutela, la concesión de la guarda, la inscripción de nacimiento, rectificación de partidas, obtención de documentos de identidad, emancipación y su revocación, habilitación de edad. Autorización para viajar dentro y fuera del país, ingresar a establecimientos educativos o religiosos o ejercer determinada actividad.

- e) En las causas referentes al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad, adopción, tenencia de menores, régimen de visitas o venia supletoria para contraer matrimonio.
- f) Nulidad e inexistencia del matrimonio, divorcio y separación.
- g) Alimentos.
- h) Disolución y liquidación de la sociedad conyugal.
- i) Cuando actos reiterados de inconducta de menores de edad obliguen a sus padres, tutor, guardador o educadores, a recurrir a las autoridades para corregir, orientar y educar al menor; y
- j) Cuando el menor sea donante de órganos para trasplante quirúrgico.

También dispone que el fuero se integre con Juez Unipersonal y dos secretarías:

- a) Secretaria Penal
- b) Secretaria Civil-Asistencial

Este modelo organizacional abarca el complejo tutelar asistencial siguiendo las directrices de la doctrina de la “situación irregular”.

Los juzgados se integran además con un equipo técnico, cuerpo interdisciplinario compuesto por un Médico, un Psicólogo y un Asistente Social, y se completa con un Asesor de Menores, que es parte esencial en el procedimiento, y su intervención no cesa por la designación de un defensor particular.

El Asesor de Menores integra el Ministerio Público y ejerce su función ante los Tribunales del fuero de la Familia y del Menor. Sus atribuciones y deberes están determinados en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 88, ley n° 1.675).

La ley n° 1.270 le otorgaba al Juzgado con asiento en la ciudad de Santa Rosa una facultad exclusiva: la del Registro Único Provincial de personas interesadas en la Adopción de Menores (art 11). Este tema, hasta

el año 1993, había estado bajo la órbita del Poder Ejecutivo; concretamente dependía de la Dirección de Familia y Menor, organismo dependiente del Ministerio de Bienestar Social.

A partir de la creación del fuero, todos los legajos allí obrantes pasaron al ámbito del juzgado para integrar el Único Registro Provincial y las nuevas presentaciones se canalizaban a través de este juzgado.

Posteriormente, con la sanción de la ley n° 1.849/99 de “Creación del Registro Único de Aspirantes a la Adopción y Normas Complementarias” el art 11 de la ley n° 1.270 fue derogado. Esta norma establece que:

...el funcionamiento del Registro estará a cargo de los Juzgados de la Familia y del Menor de la Primera y Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia y del Juzgado Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Tercera Circunscripción. En lo que concierne a la Cuarta Circunscripción Judicial, las inscripciones y estudios técnicos se canalizaran por ante el Juzgado de la Familia y el Menor de la Primera Circunscripción.

Finalmente, la ley provincial n° 1.918 sobre Violencia Domestica y Escolar del año 2001 estatuye que los juzgados de la Familia y del Menor entenderán a los fines preventivos, asistenciales y cautelares en los casos de violencia doméstica, regulando un procedimiento para abordar la problemática, facultando al Juez de la Familia y del Menor a adoptar en cualquier etapa del proceso las medidas autosatisfactivas en casos de urgencia evidente.

Entonces, como puede apreciarse, la ley n° 1.270 fijo un ámbito de competencia amplio: comprensivo del complejo tutelar asistencial y las cuestiones propias del derecho de familia, incluyendo además, la organización del Registro de Adoptantes.

Posteriormente, la Ley de Creación del Registro Único de Aspirantes a la Adopción y la Ley de Violencia Familiar y Escolar, le atribuyen a los Juzgados de Familia y del Menor una competencia específica, que sumado a

la naturalmente asignada por la ley del fuero, hacen que el Juzgado en la actualidad atienda múltiples problemáticas con la misma cantidad de operadores.

4. Interés Superior del Niño/Niña

Como apoyo de la presentación del trabajo de investigación, a título informativo y como soporte teórico, se analiza también desde el punto de vista jurídico y antropológico, la incidencia del concepto “Interés Superior del Niño/Niña” como pauta rectora de las Convenciones Internacionales adoptadas por nuestra legislación, y como avance en la regulación de derechos reconocidos.

Ello conlleva a realizar un análisis evolutivo de la niñez y su reconocimiento hasta alcanzar las más altas esferas de protección en la actualidad, en beneficio o retroceso. Para ello se ha realizado una investigación, plasmada en el texto que se titula “Voces silenciadas”, el cual tiene como puntos sobresalientes lo desarrollado a continuación.

El trabajo realizado tiene como objetivo establecer la relación entre el denominado “Interés Superior del Niño” (ISN), tan nombrado en los últimos tiempos, considerado en el ámbito legal como un concepto jurídico indeterminado, y la protección que el mismo otorga, con los derechos del niño/niña reconocidos en instrumentos legales, entre ellos, el de ser “oídos” en contextos judiciales.

Si bien el ISN es introducido a nuestra legislación por medio de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con plena validez en la actualidad, no es menos cierto que dicho concepto no tiene una definición delimitada, ya que como se mencionó en el párrafo anterior, se reconoce como concepto jurídico indeterminado: esto es, no es pasible de una definición concreta, no se sabe con qué alcances debe ser aplicado (Díaz Ojeda, *s/d*).

Solo en el “caso concreto”, y frente a la pugna de derechos cuando intervienen menores en litigios judiciales, es posible enmarcar su aplicación, siendo la subjetividad del magistrado la regente.

En doctrina jurídica se ha considerado que es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.

Es por ello que existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en “el interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

Pese a ello, no todo es crítica, ya que la incorporación del ISN en instrumentos legales otorgo el reconocimiento al niño/niña como sujeto de derecho y no como objeto del mismo, equiparándolos a los adultos, y en algunos casos dándoles prioridades por sus especiales condiciones de “desventaja”, así como también, una amplia cantidad de derechos y garantías reconocidas expresamente en la Convención, que en el caso de nuestro país tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994, esto es, al ser incorporada junto con otros instrumentos internacionales al art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, se convierten dentro del plexo normativo en la cúspide de la pirámide legal (Gil Domínguez, *s/d*).

El avance en el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos ha sido un salto más que positivo desde que los instrumentos legales internacionales y nacionales incorporaron en su seno un “núcleo duro” de derechos, lo cual constituye también un claro límite a la actividad estatal, impidiendo su actuación arbitraria.

Sin embargo este cumulo de derechos tiene como punta piramidal al “Interés Superior del Niño/Niña” ha funcionado históricamente como un “cheque en blanco”, que permitió que quien tuviera que decidir su

implicancia en el ámbito judicial, administrativo, legislativo, etc., obrara con altos niveles de discrecionalidad.

Hoy día los conflictos de derechos se resuelven en el caso particular, siendo la premisa: la decisión judicial o sentencia debe ser la que conlleve la mayor cantidad de derechos para los niños. Esto no siempre es lo más beneficioso, ya que cuantitativamente no es lo que hace a la diferencia sino cualitativamente.

Por ello, y desde el plano judicial, es interesante el estudio interdisciplinario que realice un estudio integral del verdadero interés superior del niño.

Los tribunales de Familia y Menor del Poder Judicial de La Pampa se integran con un equipo técnico, cuerpo interdisciplinario compuesto por un Médico, un Psicólogo y un Asistente Social, y se completa con un Asesor de Menores (que es parte esencial en el procedimiento, y su intervención no cesa por la designación de un defensor particular).

Lo interesante de esta forma de trabajo es que las cuestiones que escapan a una disciplina pueden ser percibidas por otras, y que al formar un equipo técnico las distintas especialidades sirven de apoyo a la decisión judicial.

No es determinante lo que el niño dice, pero si es de suma importancia que se lo escuche, puesto que es un derecho expresamente reconocido (artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño) (Beloff, 1997).

Igualmente, y pese a no ser una declaración determinante, es sabido que la palabra del niño tiene mayor relevancia que otra prueba (esto no es regla general, hay que evaluar el caso concreto y poner en la balanza).

Es dable decir que en relación a los niños “declarantes” se maneja con una especie de autonomía progresiva: a medida que el niño/niña crece tiene más capacidades y desarrolla habilidades para percatar determinadas situaciones. Se aclara que todos los niños poseen el derecho por igual y no

hay reglas de capacidad respecto a ello, lo que se explica es que a medida que los niños crecen son capaces de desarrollar otras habilidades o percibir situaciones (por ejemplo: cuestiones de violencia, relaciones con adultos, etc.).

De fundamental importancia es que las distintas cuestiones que puedan generarse en relación a la intervención de niños en procesos judiciales sean tratadas en juzgados especiales - ya sea civil o penal -, que los separen de otras causas, y que como en el caso de nuestra Provincia, actúe un equipo interdisciplinario que sea idóneo al efecto (Bustos Ramírez, 1997).

Para investigar la infancia no se trata simplemente de hacer propias las “voces de los niños”, por el contrario, se trata de explorar la naturaleza de esas “voces”, saber de dónde provienen y como se ubican dentro de determinada sociedad.

El Estado debería crear grupos interdisciplinarios de estudios, con especialidades que detecten conflictos, o que sin que ellos existan, detecten necesidades en distintas sociedades, culturas, edades, etc.

Detectando estas necesidades se formarían cuerpos legales basados en realidades concretas, y con ello se acotaría el margen de discrecionalidad judicial al momento de decidir en el caso concreto.

En conclusión, más allá de las falencias pueden señalarse algunos elementos positivos: el reconocimiento de las “voces” de quienes estaban “silenciados”, quienes más lo necesitan por situaciones de desprotección, daría la posibilidad de readecuar a las necesidades y exigencias de una sociedad post-moderna. Así, sería posible aprovechar y ampliar o profundizar con miras al futuro.

5. Trabajos desarrollados

Hasta el momento, en el presente trabajo de investigación lo realizado es:

- se ha delimitado del objeto de estudio dentro de un marco general de investigación de la evolución del Poder Judicial en la provincia de La Pampa. Breve introducción del interés sobre el tema y la importancia de su desarrollo;
- se ha realizado un estudio pormenorizado de la ley que da “vida” a este juzgado – ley provincial n° 1.270 – con las diferencias con el régimen anterior, y en general, teniendo en cuenta los beneficios y los perjuicios de su creación;
- en relación con el párrafo anterior, se ha analizado la nueva estructura orgánica del juzgado, y las nuevas funciones que le fueron otorgadas: civiles, penales y asistenciales - dependiendo de la secretaria de que se trate -.
- en lo que respecta al concepto de Interés Superior del Niño/Niña, se ha realizado un trabajo previo de investigación doctrinaria (Dosio, 2013b), que me es de utilidad para el desarrollo del presente. El trabajo se titula “Voces silenciadas” dentro del seminario “Niñez, socialización lingüística y educación en contextos interculturales” que pertenece a la Maestría de Ciencias Sociales y Culturales. El mismo ha sido utilizado como “ideas complementarias”;
- también se han analizado en cuanto a las actividades que están a su cargo, la ley n° 1.849 del año 1999 de “creación del Registro Único de Aspirantes a la Adopción”; y la ley n° 1.918 del año 2001 de “Violencia doméstica y escolar”. Ambas normativas son de importancia no solo porque se encuentran dentro de las funciones otorgadas al Juzgado sino porque tienen conexión directa con el sistema asistencial del niño/niña que nuestra Constitución pretende.
- se han concertado entrevistas a realizarse en la correspondiente etapa investigativa con actores necesarios dentro del Juzgado que se analiza. Aún falta la etapa de

desgravamiento y la posible entrevista con una de las actoras principales.

- se ha realizado una demarcación de la estructura orgánica, analizando de manera crítica la inclusión de grupos interdisciplinarios.
- también han sido estudiados distintos instrumentos normativos: desde la propia Constitución Nacional, Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, leyes nacionales y provinciales.

6. Consideraciones finales

Bien es sabido que la problemática de la niñez y la existencia como sujetos de derecho surge a partir de que el mismo Estado se preocupa por ellos.

La primera corriente en plasmar el complejo tutelar es la positivista. En nuestro país esto se refleja a través del Patronato de Menores: función que incumbe al Estado a los efectos de ejercer directamente los poderes jurídicos necesarios para asumir la asistencia, educación, guarda y representación jurídica de los menores que carecen de representantes legales o que, aun teniéndolos, se encuentran en situaciones de abandono o peligro.

Lo que se rescata es la función de protección a cargo del Estado. En nuestra provincia, la titularidad del patronato es ejercida por los jueces de la Familia y el Menor, concurriendo para su ejercicio en forma coordinada, los Asesores de Menores y el Ministerio de Bienestar Social a través del organismo respectivo –Dirección de Niñez y Adolescencia-.

Asimismo, y como punto de suma importancia, se destaca que los niños y jóvenes se asumen no ya como objetos, sino como sujetos de derechos, y la tan mentada protección se centra ahora en el “Interés

Superior del Niño/Niña” que implica la máxima satisfacción de sus derechos, adhiriendo entonces a la doctrina de la “protección integral”.

Con la creación del Juzgado de Familia y el Menor, mediante la mencionada ley n° 1.270, se ha logrado el mayor avance respecto al fuero que en especial se trata, no solo rompiendo con ideales estancos del derecho, sino también poniendo en marcha un nuevo mecanismo en su organigrama, por el cual se integran distintas disciplinas que sirven como apoyo fundamental en la resolución de conflictos en particular.

Se destaca la nota de exclusividad que presupone el tratamiento de estos conflictos (y en ello se denota el beneficio de su tratamiento en un fuero especial). La especialización supone que quienes participan en el trámite como operadores de la justicia deben poseer no solo conocimientos específicos del derecho, sino además, reunir especiales condiciones de idoneidad para la resolución de conflictos familiares. En este aspecto es de suma importancia la participación de equipos técnicos interdisciplinarios que actúan como auxiliares de los magistrados.

Múltiples son las cuestiones que se resuelven a diario en este Juzgado: civiles-asistenciales, penales, de violencia, entre otras. Por ello debe tenerse en cuenta que no solo la competencia originaria se ha ampliado, sino que también la demanda del justiciable muestra un constante crecimiento, lo que marca un desequilibrio que torna dificultosa la operatividad y eficiencia del sistema.

7. Referencias bibliográficas

Beloff, Mary Ana (1997). “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/ Editores del Puerto, Buenos Aires.

- Bustos Ramírez, Juan (1997). “Perspectivas de un derecho penal del niño”, *Revista Nueva Doctrina Penal*. Editores del Puerto.
- Díaz Ojeda, Augusto (s/d). “El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas”. *Propuestas de proyectos legislativos sobre niños y adolescentes*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales.
- Dosio, Marcela Anabel (2013a). “Estudio de la tribunales de Familia y el Menor en la I y II circunscripción judicial de La Pampa”. Plan de trabajo de beca. Convocatoria Programa Becas de Investigación y Posgrado, Subprograma Becas de Perfeccionamiento en Investigación. Inédito
- Dosio, Marcela A. (2013b). “Voces silenciadas”. Inédito.
- Gil Domínguez, Andrés (s/d). “El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas”. Ed. Ediar.
- Jiménez, Eduardo, García Minella, Gabriela (s/d). “Los niños y adolescentes argentinos del nuevo milenio” en Bidart Campos, Germán, Gil Domínguez, Andrés. *El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas*, Ed. Ediar.
- Miranda, Lidia Raquel y Lell, Helga María (2013). “Génesis y transformación del Poder Judicial de La Pampa” en Actas de las II Jornadas de Investigación de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas “Comunicarnos para fortalecer la investigación en la Facultad”. Santa Rosa, L.P.: Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPam.
- Sacra, Mabel H. (2006). “Los tribunales de familia. Estructura y funcionamiento del fuero en la provincia de La Pampa”. Inédito

ANÁLISIS SOBRE EL TRIBUNAL ELECTORAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA: ORGANIZACIÓN, FUNCIONES Y COMPETENCIAS

Abog. Cecilia Peppino

1. Desarrollo

El eje central de este trabajo de investigación ha sido el Tribunal Electoral de la Provincia de La Pampa como organismo electoral. Los organismos electorales son uno de los elementos del Derecho Electoral. Estos últimos son definidos por la doctrina como

...aquellos componentes que resultan determinantes a la hora de definir su contenido como ciencia jurídica y como sistema normativo, nutriéndolo de la sustancia mínima a los fines de su puesta en marcha. Estos elementos a los que nos estamos refiriendo son el cuerpo electoral, el sufragio, los sistemas electorales, los organismos electorales y los actores políticos (Pérez Corti, 2012: 30).

Según Pérez Corti, los organismos electorales son los entes encargados de desarrollar los procesos electorales que se llevan a cabo en una comunidad políticamente organizada bajo un sistema democrático de renovación y control de autoridades (Pérez Corti, 2012: 32). Esto lleva inevitablemente a requerir una definición del término “procesos electorales”, para lograr con cabal claridad, vislumbrar cuáles son las actividades que desarrollan los organismos electorales.

Siguiendo al autor citado, el proceso electoral es una “serie continua y concatenada de actos complejos de efecto preclusivo, destinados a instrumentar y facilitar la realización de los comicios y a encauzar por las vías adecuadas la manifestación de la voluntad popular” (Pérez Corti, 2012: 195). Es importante resaltar que el proceso electoral, como tal, nace y muere con un objetivo determinado, el mismo puede ser cambiar autoridades, revocar un mandato, tomar una decisión, etc. Es decir, que el proceso nace con la convocatoria y fenece con la proclamación del candidato ganador o con la concreción del resultado que el proceso haya perseguido.

En cuanto a los organismos electorales en sí mismos, Domingo Sesín (2006) nos brinda una clasificación de ellos según su pertenencia, así es que considera que los mismos pueden ser:

1. Órganos pertenecientes al Poder Judicial, con tres variantes,
2. Órganos que tienen independencia funcional pero que trabajan como auxiliares del Poder Judicial, integrados sólo por magistrados,
3. Un caso similar, compuesto por magistrados que conforman la mayoría, y miembros de otros poderes en minoría,
4. Órganos de justicia electoral con independencia funcional no integrados en su mayoría por miembros del Poder Judicial, régimen jurisdiccional administrativo,
5. Juntas electorales comunales o municipales,
6. Juntas electorales partidarias o de colegios profesionales, y
7. Órganos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo.

A partir de esta clasificación, podríamos afirmar que el órgano electoral de nuestra provincia, se encuentra enmarcado en el supuesto ubicado en segundo lugar. Es un órgano con independencia funcional auxiliar del Poder Judicial, y está integrado por magistrados, luego veremos cuáles son.

Según la caracterización propuesta por Sesín (2006: 109), los órganos electorales con estas particularidades,

...no comportan un cuarto poder ni son extrapoderes aun cuando parezcan serlo, cualquiera fuera su normativa, en virtud del principio de primacía de la Constitución y división de poderes. Son órganos que, en algunos casos integran el Poder Judicial y, en otros, si bien están catalogados como «independientes» se los debe considerar como órganos auxiliares del Poder Judicial. Su régimen es judicial, atento su normativa expresa y en consideración a su integración compuesta por magistrados judiciales.

Sostiene Sesín (2006: 110) que estos son órganos que, aunque no siempre dependan del Poder Judicial, sí actúan en el ámbito de dicho poder y por esta razón deben considerarse como órganos auxiliares del Poder Judicial con régimen jurídico asimilable al judicial a todos sus efectos.

Con respecto a las tipologías y caracteres de los organismos electorales, Pérez Corti (2012: 76) señala la heterogeneidad que se da en el espectro de los órganos provinciales. El autor realiza un análisis del derecho comparado, y destaca las funciones desde diversos enfoques. Así es que encontramos en este apartado:

- a) Por la naturaleza de la función, tomando en cuenta la función meramente administrativa y la de jurisdicción electoral.
- b) Por el grado de estabilidad o permanencia: temporales o permanentes.
- c) Por la competencia territorial, centralizados o descentralizados.
- d) Por su naturaleza constitucional: aquellos que pertenecen a la estructura tripartita de división de poderes, integrando alguno de estos, o los que ha creado el legislador y que se encuentran fuera de la órbita, conformando un órgano extrapoder.
- e) Por la naturaleza del órgano: política, administrativa y jurisdiccional.

Atento lo dicho hasta aquí, si aplicamos las clasificaciones teóricas mencionadas al Tribunal Electoral Provincial, encontramos que el órgano

analizado no tiene su permanencia supeditada al proceso electoral, sino que es independiente de él y ejerce sus funciones y competencia sin límite temporal. En lo atinente a la competencia territorial, la misma es centralizada.¹

En relación a la naturaleza del órgano, enmarcaríamos al Tribunal Electoral Provincial dentro del Sistema Latinoamericano (Pérez Corti, 2012: 76), el cual cuenta con tribunales especializados en la materia electoral, dirime controversias sobre resultados electorales, y pueden tener naturaleza jurisdiccional y/o administrativa.

2. Legislación

El régimen del Tribunal Electoral de la Provincia de La Pampa, está dado por diversas normas. Fue creado por la Constitución Provincial, la cual además establece su conformación.

CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

Sancionada el día 6 de octubre de 1960 y con las reformas de la Convención de 1994.

CAPITULO III

REGIMEN ELECTORAL

Artículo 51°.- Se creará un Tribunal Electoral permanente, integrado por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, el Procurador General de la Provincia y el Juez de Primera Instancia de la Capital que se designe por sorteo.

Este artículo evidencia la conformación del órgano como la caracterizáramos anteriormente. Las personas que integraban este cuerpo en el mes de noviembre de 2014, eran:

Presidente: Dr. Hugo Oscar Díaz (01/02/2014 al 31/01/2015)

¹ A diferencia de la provincial de Córdoba, por ejemplo, que cuenta con un sistema descentralizado.

Vocales: Dr. Mario Oscar Bongianino (Vocal Permanente) y Dra. Susana Ethel Fernández (01/01/2014 al 31/12/2014)

Secretario: Dr. Matías Antonio Bentivegna (01/01/2014 al 31/12/2014)

En cuanto a su funcionamiento, la regla que lo estatuye, es la norma jurídica de facto n° 1.176, Orgánica de los Partidos Políticos, en su Capítulo XVI.

3. Competencia del Tribunal Electoral

La N.J.F. n° 1.176/82 (provincial), reglamenta el accionar del Tribunal Electoral, asignándole el carácter de órgano de aplicación de la misma con carácter de instancia única (artículos 5 y 6).

Conforme lo dispone en el art. 61, compete al Tribunal Electoral:

- aplicar las normas electorales provinciales;
- efectuar ante las autoridades nacionales, provinciales o municipales, las gestiones necesarias para el desarrollo de su cometido;
- disponer las medidas de orden, vigilancia y custodia relativas a documentos, urnas, efectos o locales sometidos a su autoridad;
- intervenir en el juzgamiento de las faltas que se cometan, dentro de lo previsto en la normativa;
- proyectar su presupuesto de gastos y disponer de los fondos que se le asignen.

También corresponde al Tribunal Electoral conocer y resolver en materia de partidos políticos, atribuyéndole la norma jurídica de facto n° 1.176/82 la facultad de conceder o denegar la personería jurídica a las

agrupaciones políticas que así lo soliciten, para actuar en el orden provincial o municipal.

Por aplicación de la ley n° 2.042 y modificatorias, es competencia del Tribunal Electoral la organización y fiscalización de las Elecciones Internas Abiertas, Obligatorias y Simultáneas de los Partidos Políticos reconocidos en la Provincia.

Asimismo, es el organismo encargado de la aplicación de la ley n° 1.197/89 que otorga el derecho de votar a los extranjeros, debiendo mantener actualizado el Registro Provincial de Electores Extranjeros.

En lo que respecta a las irregularidades en los domicilios electorales, el Tribunal Electoral interviene en la realización de las diligencias y medidas de prueba tendientes a establecer el verdadero lugar de residencia de los ciudadanos denunciados.

4. Ley Electoral Provincial

La Ley Electoral de la Provincia de la Pampa es la n° 1.593 y fue sancionada el 1 de diciembre de 1994. En su estructura cuenta con cinco capítulos, cuarenta y ocho artículos, entre los que dispone un distrito único a los efectos de las elecciones de las autoridades provinciales, el modo de realizar la convocatoria, señalando cargos y oportunidad de efectuarla y el sistema de elección según sean los cargos que se sometan a renovación.

Por otra parte, esta norma le otorga al Tribunal Electoral Provincial diversas funciones que ordenaré según las fases del ciclo o período electoral, como propone Pérez Corti (2012).

Las actividades de la Justicia Electoral son descriptas por este autor “como aquellas que se encuentran destinadas a la organización, gestión, dirección, contralor y resolución de las cuestiones electorales sometidas a la autoridad de los órganos que la conforman en las diversas fases del ciclo o período electoral” (Pérez Corti, 2012: 90).

El autor nos propone una clasificación funcional en torno a la función específica de los órganos de justicia electoral. Así podemos encontrar actividad administrativa y jurisdiccional. Para nuestro cuerpo electoral, la primera es la que implica su labor cotidiana.

Administrativa: a su vez sometida a una segunda distinción, en la que encontramos la actividad registral y electoral como las más salientes.

a) Registral: está vinculado al control de la fundación, constitución, caducidad y extinción de los partidos políticos (artículo 63). El Tribunal lleva, además, un Registro General de Afiliados, constituido por un ordenamiento alfabético de las tarjetas de afiliación de todos los partidos. (artículo 63). Según quedó establecido en la ley n° 1.197, el Tribunal Electoral Provincial tiene a cargo el Registro Provincial de Electores Extranjeros. (artículo 2).

b) Electoral: se refiere a la labor organizativa de los procesos electorales de jurisdicción provincial, ordinaria (renovación de bancas o cargos de base electiva) o extraordinarias (institutos de democracia directa y semidirecta). En este apartado, sobresalen las actividades del cuerpo en estudio indicadas en la ley n° 1.485, Reglamentaria de la Consulta Popular, en cuanto a la iniciativa de los electores para promover consulta popular, estableciendo los requisitos para ser presentada y fijando al Tribunal con Competencia Electoral en la Provincia, como el órgano receptor de la petición.

Además, la ley n° 1.597, Ley Orgánica de Municipalidades y Comisiones de Fomento, pone de manifiesto en su artículo 138, que el Concejo Deliberante, podrá someter a referéndum o consulta popular todo asunto de interés general municipal, con intervención del Tribunal Electoral de la Provincia.

Otra posible distinción entre las tareas de los organismos electorales, es la clasificación de ellas tomando en consideración los procesos electorales, es decir, en cuanto al tiempo.

Durante los procesos electorales: la proclamación de los electos, art. 5, Ley Nacional n° 15.262, y artículo 16, Ley Electoral Provincial n° 1.593.

Durante el escrutinio, asignación de cargos y/o bancas: en el caso del escrutinio de las urnas especiales, no pueden ser abiertas por las autoridades de mesa y deben ser remitidas junto a la documentación pertinente a la Junta Electoral Nacional o Tribunal Electoral Provincial, según corresponda, y éstos las abren al momento de realizarse el escrutinio definitivo (Artículo 24). En este caso, la Ley n° 1.197, dispone que se constituye en cada Ejido Comunal de la Provincia, una mesa electoral especial para extranjeros separados por sexos. En aquellos lugares donde el número de inscriptos fuera inferior a cincuenta (50) electores, serán incorporados en padrón aparte, a la mesa que el Tribunal Electoral determine, en cuyo caso los sobres destinados a los electores extranjeros serán de distinto color para permitir escrutinios separados. (Artículo 3).

Durante la etapa pre electoral: contralor de la vida de los partidos políticos, padrones, designación del lugar y mesa en que funcionarán las urnas especiales en la que emiten sus votos los fiscales y fiscales generales así como los electores que se encuentren desempeñando tareas de Seguridad y de Custodia (Fuerzas Armadas, Gendarmería, Prefectura Naval y Policía) y Correo, cuando no se hallen empadronados en la localidad donde se encuentren prestando servicios. (Artículos 19, 20 y 22).

En la Ley Electoral Provincial se establece que es el Tribunal Electoral Provincial el encargado de oficializar las listas y boletas de sufragio. Previo a esta labor, las respectivas juntas electorales partidarias deben remitir al Tribunal Electoral Provincial las listas oficializadas para su control y registro.

El Tribunal tiene a su cargo la determinación de la empresa a la cual se le adjudica la impresión de las boletas y el costo de las mismas (ley n° 2.042).

Además, en el Decreto n° 940/1998, reglamentario de la Ley n° 1.485, se dispone que es el Tribunal Electoral Provincial el que fija las dimensiones, calidad del papel, la oficialización y distribución de las boletas. Asimismo tiene a su cargo la aprobación del texto de las boletas de sufragio (artículos 3 y 7, decreto n° 940/1998).

Por otro lado, en la fase post electoral del período electoral, encontramos que es el Tribunal Electoral Provincial el órgano que fija la fecha posterior a la elección para que el Concejo Deliberante se reúna (ley n° 1.597, artículo 25).

Por todo lo expuesto hasta aquí queda evidenciado que el Tribunal Electoral Provincial es un cuerpo vital para el desarrollo de la vida democrática provincial.

Las elecciones, el día de los comicios, componen el momento fundamental de la delegación de la representación. El sufragio es la delegación. A través de ella los representantes actuarán en nuestro nombre.

Tal como manifiesta Catalani (2011: 159), representar implica ejercer derechos cuyo titular es una persona diferente del representante.

Agrega, “la representación tiene por fin hacer a través de un tercero, lo que no se puede hacer por sí mismo; consiste en que un acto es realizado por una determinada persona, pero es atribuido a otra distinta, en forma conjunta o exclusiva” (Catalani, 2011: 160).

Es así que las instancias de elección son la base de este sistema de democracia representativa. Este sistema representativo, encuentra sustento en la voluntad popular derivada, es decir,

...en aquellos casos en los que el pueblo ha delegado parte de su ejercicio en quienes revisten su condición de representantes, para que la ejerzan dentro del régimen que les fija la constitución y las leyes que en su

consecuencia han sido dictadas. En este marco, el pueblo se somete a los designios de sus mandatarios sin que eso signifique la renuncia a la titularidad y ejercicio de la voluntad popular originaria.

Consecuencia de lo expuesto es que en el marco de un régimen representativo, el pueblo sólo delega el ejercicio de una parte de su soberanía popular, más precisamente aquella porción que desde una perspectiva política hace viable el régimen democrático; la que desde el punto de vista jurídico es transmitida mediante un acto objetivo y complejo como lo es el proceso electoral... (Pérez Corti, 2012: 6).

Tal es así que queda evidenciado, por lo antes dicho, que al Tribunal Electoral Provincial le cabe una gran responsabilidad en cuanto órgano encargado del desarrollo de los pasos tendientes a ese proceso electoral. De hecho, la legitimidad y legalidad de los procesos electorales son una condición básica de la legitimidad del título de los representantes/gobernantes.

5. Conclusión

Ha quedado evidenciada en el estudio realizado, la dispersión de la reglamentación de un órgano tan importante, siendo que el Tribunal Electoral Provincial resulta protagonista de la vida democrática. En tal sentido, parece extraño que no exista una legislación única acerca del órgano analizado, lo cual facilitaría el acceso a la información por parte de la población, además del conocimiento de los regímenes y actividades electorales del órgano, para sí mismo y para los actores políticos.

Como hemos visto, la labor del organismo electoral de la provincia de La Pampa, es vital para el desarrollo de los procesos electorales, su organización, gestión, dirección, contralor y resolución de cuestiones electorales.

Atento lo dicho estos procesos electorales componen el momento culmine de la expresión de la voluntad popular, sustento de todo el sistema democrático.

6. Referencias bibliográficas

Catalani, Franco (2011). “Representación, Participación, Sistemas electorales” en Médici, Alejandro, Pescader, Carlos y Catalani, Franco. *Derecho Político Actual. Temas y Problemas*. Tomo I. Santa Rosa: EdUNLPam, pp. 159-190

Historia Electoral Argentina – Sitio Web:
<http://mininterior.gov.ar/asuntospoliticos/pdf/HistoriaElectoralArgentina.pdf>

Palazzani, Miguel (2012). “El título del archivo que no me acuerdo” Ferrari, Jorge y Lell, Helga (eds.). *Estudios sobre el primer peronismo en La Pampa. Aspectos históricos, políticos, culturales, económicos y legislativos*. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2012.

Pérez Corti, José María (2012), *Derecho Electoral Argentino. Nociones*. Editorial Advocatus.

Sesín, Domingo Juan (2006). “Órganos de Justicia Electoral: naturaleza jurídica, ubicación institucional y régimen jurídico”. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, RAP*, N° 1, Año XXVIII. Ediciones RAP S.A., 2006, pp. 83-127.

Sitio Web Oficial del Tribunal Electoral de la Provincia de La Pampa.
<http://www.trielectorallapampa.gov.ar>

Sitio Web de La Legislatura de La Provincia de La Pampa.
<http://www.legislatura.lapampa.gob.ar/historia-gral-provincia.html>

7. Normativa referenciada

Ley Electoral Nro. 1593, publicada en <http://www.trielectorallapampa.gov.ar/index.php/legislacion>.

Norma Jurídica de Facto 1176/82. Orgánica de los Partidos Políticos, publicada en <http://www.trielectorallapampa.gov.ar/index.php/legislacion>.

Ley Nro. 2042 Sistema de Elecciones Internas Abiertas (modificada por Ley 2048, 2051 y 2155), publicada en <http://www.trielectorallapampa.gov.ar/index.php/legislacion>.

Decreto Nro. 859/2003. – Reglamentario de Ley 2042, publicado en <http://www.trielectorallapampa.gov.ar/index.php/legislacion>.

Ley Nro. 1597. Ley Orgánica de Municipalidades y Comisiones de Fomento, publicada en <http://www.trielectorallapampa.gov.ar/index.php/legislacion>.

Ley Nro. 1197. Otorga el derecho a votar a los electores extranjeros, publicada en <http://www.trielectorallapampa.gov.ar/index.php/legislacion>.

Ley Nro. 1485. Consulta Popular, publicada en <http://www.trielectorallapampa.gov.ar/index.php/legislacion>.

Decreto Nro. 940/1998. Reglamentario de Ley 1485, publicada en <http://www.trielectorallapampa.gov.ar/index.php/legislacion>.

Ley Nro. 2201. Registro Provincial de Deudores Alimentarios, publicada en <http://www.trielectorallapampa.gov.ar/index.php/legislacion>.

